

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A RELAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO COM A FASE PRÉ-
CONTRATUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM
RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

YARA KALPURNYA DE ALMEIDA ELOY MOITA

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

A RELAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO COM A FASE PRÉ-
CONTRATUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM
RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Yara Kalpurnya de Almeida Eloy Moita

Lisboa
2016

Yara Kalpurnya de Almeida Eloy Moita

A RELAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO COM A FASE PRÉ-
CONTRATUAL EM CONTRATOS CELEBRADOS COM
RECURSO A CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado
Científico em Ciências Jurídicas da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa.

Orientadora: Maria Raquel Rei

Lisboa
2016

Professora Doutora Maria Raquel Rei (orientadora)

(Banca examinadora)

(Banca examinadora)

AGRADECIMENTOS

À professora Maria Raquel Rei pela orientação e disponibilidade ao longo deste trabalho, possibilitando o sucesso de mais uma etapa na minha formação acadêmica e pessoal.

Deixo também o meu sincero agradecimento ao meu marido pelo apoio incondicional nas decisões tomadas e pelos incentivos ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus filhos, peço desculpas pela ausência nas horas de diversão e agradeço-lhes o carinho reconfortante dos tantos abraços.

A todos, o meu profundo agradecimento.

*Vivemos todos, neste mundo, a bordo de um navio saído de
um porto que desconhecemos para um porto que ignoramos;
devemos ter uns para os outros uma amabilidade de viagem.*

Fernando Pessoa (1888-1935)
Em *Odes de Ricardo Reis*, 2011

RESUMO

O contrato concebido com base na autonomia privada, onde, em regra, pessoas singulares em condições de paridade definem o conteúdo normativo da regulação dos seus interesses, não corresponde a realidade de mercado que a sociedade atual vivencia. O sistema legal de inclusão das cláusulas contratuais gerais em contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais não se limitou a aplicar as regras gerais do Código Civil, tendo em vista a sua própria especialidade no processo de formação, o que levou a exigências de requisitos também específicos: deveres de comunicação e informação.

Este estudo tem como corolário a aplicação do abuso do direito no âmbito dos deveres de comunicação e de informação na contratação com base em cláusulas contratuais gerais, em particular no que respeita à posição do aderente, não incluindo o estudo da abusividade das cláusulas. O Direito teve que encontrar proteção jurídica adequada à realidade latente da contratação em massa e interessa-nos destacar a tutela da vontade concretamente formada em termos esclarecidos do contraente/aderente/consumidor. Trataremos do controle de inclusão ou não de determinadas cláusulas em contratos e sopesaremos a aplicação do instituto do abuso de direito no binómio predisponente-aderente.

Palavras-chave: cláusulas contratuais gerais, dever de comunicação, dever de informação, abuso do direito.

ABSTRACT

The contract designed based on private autonomy, which, as a rule, individuals with equal conditions define the normative content of the regulation on their interests, does not correspond to the market reality which modern society is living nowadays. The legal system include general clauses of contract on contracts using the standard contractual clauses did not merely apply the general rules of the Civil Code, in view of its own specialty in the training process, which led to requirements also specific requirements: the disclosure and information.

This study has as its corollary the application of law abuse in two formal requirements are the notification requirements and information in hiring based on standard contractual clauses, not including the study of unconscionability clauses. The law had to find adequate legal protection to the underlying reality of hiring en masse and are interested in highlighting the conservancy will specifically formed in terms of enlightened contractor / adherent / consumer. We treat the inclusion or not control of certain clauses in contracts and we will study the application of the abuse of rights institute in predisposing-stick binomial

Keywords: general contract terms, the obligation to inform, information duty, abuse of rights.

ABREVIATURAS

AGB-Gesetz – Allgemeine Geschäftsbedingungen

art. – artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CC – Código Civil

cic – culpa in contrahendo

CCG – Cláusulas Contratuais Gerais

CPC – Código de Processo Civil

DCFR – Draft Common Frame of Reference

DL – Decreto-Lei

LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

p. – página

pp. - páginas

RJCCG – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	11
1. CAPÍTULO I – CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.....	13
1.1. CONTEXTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.2. ENQUADRAMENTO SOCIOECONÓMICO	14
1.3. ENQUADRAMENTO JURÍDICO-LEGAL	16
1.4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 446/85 – ART. 1º	17
1.5. INCLUSÃO EM CONTRATOS SINGULARES	20
2. CAPÍTULO II – DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS ESPECÍFICOS DA LCCG	23
2.1. NOÇÕES GERAIS.....	23
2.2. DEVER DE COMUNICAÇÃO.....	24
2.3. DEVER DE INFORMAÇÃO	30
2.4. NATUREZA JURÍDICA DOS DEVERES DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO	38
2.5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INOBSERVÂNCIA DOS ENCARGOS DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO.....	41
2.6. EXCLUSÃO DE CLÁUSULAS E SUBSISTÊNCIA DO CONTRATO.....	44
2.7. NULIDADE DO CONTRATO.....	47
3. CAPÍTULO III – A BOA-FÉ NA LEI DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS ..	50
3.1. NOÇÕES PRELIMINARES – ESCALADA DA BOA-FÉ NA EUROPA.....	50
3.2. CONSAGRAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA LCCG	54
3.3. ARTIGOS 15.º E 16.º.....	57
3.4. CLÁUSULAS ABUSIVAS	59
4. CAPÍTULO IV - DO ABUSO DO DIREITO	62
4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	62
4.2. ABUSO DO DIREITO E LCCG.....	68
4.3. DA INCOMPLEIÇÃO LEGAL À PACIFICAÇÃO DO INSTITUTO	70
4.4. EFEITOS DO ABUSO DO DIREITO	73
5. CAPÍTULO V – ABORDAGEM METODOLÓGICA DO ABUSO DE DIREITO NA LCCG – COMO TEM SIDO UTILIZADO PELA JURISPRUDÊNCIA?	76
5.1. DO ABUSO DO DIREITO PELO PREDISPONENTE.....	76
5.2. DO ABUSO DO DIREITO PELO ADERENTE	86
5.3. PROVA DOS FATOS COMO FATOR DETERMINANTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DO DIREITO DO ADERENTE	98
5.4. BREVÍSSIMA ANÁLISE DO ADERENTE-FIADOR – ABUSO DO DIREITO?	101

6. CAPÍTULO VI – JUSTIFICAÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS CASOS DE ABUSO DO DIREITO PELO ADERENTE	106
6.1. DO EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS	106
6.2. INOPERACIONALIDADE DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	108
6.3. NÃO COMPROMETIMENTO DA EVENTUAL <i>CULPA IN CONTRAHENDO- CIC</i>	110
6.4. PERMISSIVO LEGAL PARA INTERVENÇÃO DO JUIZ	114
6.5. ABUSO DO DIREITO COMO ESTABILIZADOR DO DIREITO DO PREDISPONENTE AO CUMPRIMENTO CONTRATUAL	118
CONCLUSÃO	125
BIBLIOGRAFIA.....	131

INTRODUÇÃO

A preocupação com os contratos efetuados com base em cláusulas contratuais gerais surge devido a notória massificação da oferta, por motivos de economia de custos (racionalização), rapidez na resposta (celeridade), ordenação do risco, planeamento e eficácia da atividade empresarial e confiança dos interessados. Claro está que o estudo desta temática nunca poderia prescindir da indagação da realidade económica em que ela se insere, assim como não prescindimos de realçar o papel da confiança dos interessados, aliás, apontada pelo professor Menezes Cordeiro¹.

Esta dissertação tem como objeto o estudo da aplicação do abuso do direito no âmbito dos deveres de comunicação e de informação na contratação com base em cláusulas contratuais gerais, em particular no que respeita à posição do aderente. Pelo que tentaremos não divagar por outras vertentes aliciantes que o diploma legal enseja, nomeadamente, a abusividade de cláusulas. Não pretendemos fazer um estudo exaustivo de todas as questões o que seria impossível devido à sua complexidade e extensão.

Pretendemos, da análise destes dois requisitos pré-contratuais, entender como se efetivam e como tem sido entendido na prática pelos Tribunais, trazendo as principais discussões, posicionamento da doutrina e nossa opinião. Tentaremos esclarecer dúvidas e fomentar convicções. Ainda que alguns parágrafos assumam um cariz mais teórico e de preocupação dogmática, seguiremos um estudo embasado numa vertente prática, tendo como visão principal a importância da jurisprudência na construção e aplicação da figura, nomeadamente na contratação com base em cláusulas contratuais gerais – ccg.

Releva a presente investigação para analisarmos a proteção dada pela lei ao aderente de cláusulas contratuais e percebermos até que ponto é dada tal proteção, por outras palavras, quando ela se esgota.

A base da presente dissertação será a legislação específica portuguesa, sem deixar de fazer menção aos instrumentos supraestaduais que se fazem importantes.

¹Tratado de Direito Civil II. Parte Geral. Negócio Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2014.

Examinaremos tão-somente os aspetos específicos do dever de comunicação e do dever de informação da LCCG, articulados com aspetos gerais decorrentes do Código Civil.

Na tentativa do Direito de buscar proteção jurídica adequada à nova realidade fática – a da contratação em massa - observou-se a necessidade de tutela em duas vertentes de proteção: 1- a tutela da vontade concretamente formada em termos esclarecidos; 2 – a tutela do conteúdo contratual, isto é, da justiça comutativa do contrato (equilíbrio das prestações). Neste estudo veremos medidas adotadas para acautelar a “nova” realidade, e iremos abordar apenas a tutela da vontade esclarecida do contraente/aderente/consumidor. Trataremos do controle de inclusão ou não de determinadas cláusulas em contratos e sopesaremos a aplicação do instituto do abuso de direito no binómio predisponente-aderente. Desde já acautelamos que não é tarefa fácil casar dois grandes temas “abuso do direito” e “cláusulas contratuais gerais” pelo volume de informação e pela subdivisão em que cada um dos temas se desdobra. No entanto, com intuito de não nos desviarmos do nosso tema “*a relação do abuso de direito com a fase pré-contratual em contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais*” decidimos organizar nosso plano de exposição da seguinte forma: No Capítulo I faremos um relato introdutório sobre o que de mais importante existe na LCCG com relevância para nossa dissertação. No Capítulo II estudaremos os deveres pré-contratuais específicos da lei especial, onde tentaremos compilar as discussões mais recentes sobre a matéria. Sem perder de vista o fio condutor dos deveres pré-contratuais específicos, no Capítulo III estudaremos como a boa-fé foi erigida na lei especial e assim conseguimos, já no Capítulo IV, ligar o segundo grande grupo de estudo “Abuso do Direito”, tarefa ainda mais árdua visto que o tema é vasto, inclui sua origem, evolução, pacificação e atualidade. No Capítulo V, finalmente alcançaremos a glória de estudarmos, através de uma investigação documental dentro do universo das decisões dos tribunais portugueses, a aplicação do instituto do abuso do direito no controle formal de inclusão de cláusulas no binómio predisponente-aderente servindo como mais uma ferramenta para, juntamente com o controle formal específico – leia-se deveres de comunicação e informação – incluir ou excluir cláusulas em contratos celebrados com recurso a ccg. No Capítulo VI apontaremos alguns aspetos que consideramos justificar a aplicação reiterada do abuso do direito em benefício do predisponente e que, na grande maioria dos casos, paralisa a pretensão do aderente a cláusulas contratuais gerais sempre que exerça de forma manifestamente excessiva sua posição jurídica.

1. CAPÍTULO I – CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

1.1. Contexto e evolução histórica

As primeiras cláusulas contratuais gerais usadas no tráfego jurídico, conta a história, foram na atividade dos banqueiros e correspondiam a “condições” impressas em livros de cheques em letras minúsculas, que articulavam deveres e certas cautelas no cliente.

Em 1937 os bancos alemães usaram cláusulas contratuais gerais comuns a todos eles, suscetíveis de acompanhar a generalidade dos atos bancários privados. A matéria das cláusulas contratuais gerais foi inicialmente tratada pelo direito alemão pela lei AGB-Gesetz, de 1976, entretanto, foi integrada no BGB, §§ 305 a 310, em 2001. O modelo alemão de cláusulas contratuais foi adotado pelo legislador português, como uma característica comum forte: ambos com alcance não circunscrito às relações de consumo. Assim...

Em 12 de junho de 1985 é assinado, em Lisboa, o Tratado de Adesão de Portugal à CEE. O Conselho da Europa chamava a atenção dos Estados membros para regularem o fenómeno da *racionalização e especialização*² das contratações, cada vez mais massificadas, anunciando que se ponderaram as diretrizes dimanadas do Conselho da Europa³, nomeadamente a Resolução (76)47⁴.

Até então, em Portugal, existia apenas o artigo 81º, j) da Constituição Portuguesa: “Parte II - Organização económica, TÍTULO I - Princípios gerais, Artigo 81.º - (Incumbências prioritárias do Estado), j) Assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, fixando a lei a proteção às pequenas e médias empresas económica e

²Preâmbulo do DL 446/85, de 25 de Outubro.

³Composto por 47 países europeus, com sede em Estrasburgo, França. Adverte o autor Florisbal Del/Olmo que “não deve ser confundido com o Conselho Europeu que é o órgão supremo da União Europeia, sendo constituído pela reunião dos Chefes de Governo ou Chefes de Estado dos membros da Comunidade, assistidos pelos Ministros das Relações Exteriores”, Curso de Direito Internacional Privado, 9ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.

⁴Esta Resolução recomendou a criação de instrumentos legislativos eficazes para a proteção dos consumidores no domínio da tutela do aderente.

socialmente viáveis;”. Depois da revisão Constitucional de 1997, passou a constar do artigo 99º - Objetivos da política comercial, e) A proteção dos consumidores.

Os códigos de 1867 e 1966 não regulavam a matéria específica dos contratos de adesão ou da contratação em massa. O Direito não pôde estar alheio às ccg que punham problemas diferentes, e que a teoria geral do negócio jurídico – tal como ainda consta – não estava preparada para enfrentar. Assim surgiu em 25 de Outubro de 1985 o Decreto-Lei 446 que veio, precisamente, regular a matéria.

1.2. Enquadramento socioeconómico

O esquema habitual de contratação, que tem por base o princípio da liberdade contratual, em que as pessoas, as partes contratantes, encontram-se em plano de igualdade para decidir, de forma livre e consciente, do modo de celebrar e de estipular os seus acordos contratuais, está, agora, posto em crise. Atualmente, grande parte dos negócios jurídicos constitui-se a uma velocidade de tal modo rápida que é impossível manter a forma tradicional de negociação. Ao mesmo tempo se denota, na grande maioria dos casos, uma supremacia económica de uma das partes que contrata, o que lhe permite a imposição de condições que têm apenas a ver com seus concretos interesses. A liberdade de estipulação é bastante mitigada podendo, eventualmente, algumas cláusulas serem acordadas (artigo 7º da LCCG). No geral, os aderentes, limitam-se, juridicamente, simplesmente à aceitação global de um conteúdo negocial, sem qualquer hipótese de discutir, não podendo apresentar qualquer contraproposta. Ou se aceita ou não se aceita o conteúdo e forma propostos⁵.

Explícito é o entendimento do STJ, realçando a tentativa de equilíbrio das partes contratantes quando uma delas utiliza-se de ccg. Vejamos: Revista n.º 854/10.2TJPR.T.S1 - 6.ª Secção, de 31-05-2011, Relator Fonseca Ramos; *“III - A autonomia da vontade e a liberdade contratual, no que respeita ao arredondamento em alta da taxa de juros nos contratos de crédito à habitação, foi alvo de regulação pelo*

⁵Pensamos que a especificidade “celeridade” deste tipo de contratação justifica-nos a enquadrar a aceitação da declaração negocial conforme o artigo 234.º do CC *“quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”*

DL n.º 240/2006, de 22-12, que, inquestionavelmente, situa essa cláusula no contexto das CCG que os Bancos inserem no seus contratos para disciplinar, de modo cogente, os critérios de arredondamento, pondo termo a práticas abusivas dos Bancos e regulando a concorrência, tudo em favor dos consumidores/aderentes.(...)V - A actuação de boa-fé, postulada sem matizes nos contratos em geral, quer na sua fase preliminar – art. 227.º do CC – quer durante a sua execução, art. 762.º, n.º 1, do mesmo diploma, é um princípio normativo, uma regra de conduta que deve ser escrupulosamente observada pelos contraentes. VI - As regras de conduta postuladas pela actuação leal, prudente e que contempla os interesses das partes, deve ser apanágio dos contratos em que as partes negoceiam em pé de igualdade e onde a liberdade contratual está por regra assegurada; com mais rigor deve ser exigida em contratos em que tal paridade não existe, ou seja, naqueles em que a liberdade negocial está cerceada pela patente superioridade económica e negocial de um dos contratantes como é o caso dos contratos de adesão sujeitos a cláusulas contratuais gerais. VIII - Nos contratos de financiamento do crédito para habitação de consumidores, a cláusula pré-inserida pelas instituições de crédito que contemplam o arredondamento da taxa de juro para “o quarto percentual superior”, exprime uma situação de desproporção e abuso do predisponente que afecta o equilíbrio das posições contratuais e a confiança do aderente, porque introduz um factor não negociado que contende com a taxa nominal de juros, agravando-a em desfavor do consumidor/mutuário aderente, não se justificando ante a patente superioridade contratual da instituição de crédito, e, por isso, sendo lesiva do princípio da boa-fé e da confiança do aderente (...)”. (grifo nosso)

António Pinto Monteiro⁶ discorre que “é a intenção uniformizadora que leva a este procedimento, a fim de os contratos que vierem a ser concluídos obedecerem ao mesmo padrão ou modelo. O que permite responder às necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que impuseram e justificam, como já referi, o recurso a este modo de formação de contrato”. Entende-se, pois, a necessidade atual de proteção do aderente. As cláusulas contratuais gerais são hoje uma realidade indiscutível, não provocando qualquer tipo de resistência relevante. Com esse intuito protetor, promulgaram-se por diversos países, diplomas para os contratos celebrados por adesão a cláusulas contratuais gerais.

⁶ António Pinto Monteiro, Estudos de Direito do Consumidor nº 3, p.135.

1.3. Enquadramento jurídico-legal

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, sem correspondente no regime civil geral, foi introduzido no ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro.

No entanto, foram introduzidas alterações pelo Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de agosto (tendo em vista a necessidade de harmonização com a Diretiva⁷ 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, que proibiu as cláusulas abusivas nos contratos de adesão celebrados com consumidores⁸) e pelo Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho que procedeu ao alargamento expresso do âmbito de aplicação da LCCG, incluindo o n.º 2 ao artigo 1.º - esclarecendo que o diploma é igualmente aplicável a contratos individualizados. Em 2001, a LCCG sofreu uma última alteração no sentido de converter os valores expressos em escudos para euros, através do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

Surge como instrumento autónomo, tendo em vista o artigo 405.º, n.º 1 da Lei Civil Geral não mais mostrar-se como suficiente para tutelar o direito dos contratos – na vertente da liberdade de estipulação - tendo em vista *as alterações de vulto nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual*⁹.

O Decreto-Lei 446/85 obedeceu a algumas opções prévias, dentro das quais, destacamos que a intervenção legislativa do DL 446/85 veio embasada na doutrina uma vez que faltava-nos codificação legislativa da jurisprudência capaz de dar uma resposta – como era corrente nas experiências estrangeiras. Surgiu assim procurando atender às realidades do país e aproveitando os ensinamentos que a crítica ao AGB-Gesetz de 1976 possibilitava – embora claro o modelo alemão se mostrasse mais eficaz na defesa do consumidor e tecnicamente mais elaborado.

⁷ Diretiva se destina a prescrever aos destinatários um objetivo que tem que ser alcançado em determinado prazo, e é dirigida a um ou mais Estados-membros.

⁸ Segundo Luís Lima Pinheiro “consumidor é aquele que adquire um bem ou um serviço para uma finalidade que não caia no âmbito de uma atividade económica independente. Nesta ordem de ideias, é contrato com consumidor aquele em que só uma das partes (o fornecedor de um bem ou de um serviço) atua no âmbito de uma atividade económica independente.” In Separata da ROA, Ano 61, I – Lisboa, 2001.

⁹ Preâmbulo do DL 446/85, de 25 de Outubro.

1.4. Âmbito de aplicação do Decreto-lei 446/85 – Art. 1º

Mas o que são as cláusulas contratuais gerais? Devemos assim entender os clausulados ou dispositivos não negociados, inseridos em contratos, onde as partes limitam-se a subscrever ou aceitar. Segundo Ana Prata, *"trata-se dos contratos cujo conteúdo é - em regra, na totalidade - prévia e unilateralmente elaborado por uma das partes, sendo proposto ao destinatário ou destinatários, que não podem discuti-lo, estando colocados perante a alternativa de, aceitando globalmente o clausulado, celebrar o contrato ou, rejeitando-o, prescindir daquela celebração."*

A primeira lição que depreendemos da letra da lei é a elaboração prévia das cláusulas, esta anterior a celebração do contrato. Nas palavras de António Pinto Monteiro, temos a elaboração prévia como uma fase estática e o momento da celebração do próprio contrato como uma fase dinâmica¹⁰. Portanto, se houver diálogo entre as partes não será suficiente para afastar a aplicação do Decreto. Contudo, se houver cedências, por parte do criador, alterando o clausulado e fazendo valer a pretensão do contraente (fazendo valer as pretensões negociais deste), aí sim podemos pensar no afastamento da tutela especial desta lei. Atenção ao fato de que o debate, a discussão, propostas e contrapropostas não afastam a incidência da lei especial; não bastam meros ajustes e sim cedência à total vontade da contraparte.

Um exemplo expresso da possibilidade de acordo pontual entre as partes (mas não a total cedência do predisponente à vontade do aderente) está previsto no artigo 7º da LCCG. Senão, vejamos: *"As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes."* Segundo a autora Ana Prata¹¹ o artigo 7º consagra uma compreensível espécie de presunção inilidível de que as cláusulas negociadas o foram para integrar o contrato, sendo as que integram a minuta uniforme irrelevantes, por terem sido preteridas (indesejadas e substituídas) pelos contraentes. Essa regra expressa, junto com o tradicional critério interpretativo de *in dubio contra stipulatorem* – *na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente* (artigo 11º, nº 2 da LCCG), e a

¹⁰ Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, Estudos de Direito do Consumidor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 5, 2003.

¹¹ Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais. Almedina, 2010, pp. 261 e 262.

força vinculativa das cláusulas mais próximas da vontade do aceitante, desaguam na prevalência de cláusulas negociadas sobre não negociadas. Estas são as chamadas *cláusulas prevalentes*, previstas, inclusive, nos princípios UNIDROIT, artigo 2.1.21, como podemos ler:

“Conflict Between Standard Terms and Non-Standard Terms

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails.”

A doutrina tende a aceitar que este acordo pontual dá validade às cláusulas especificamente acordadas oralmente, desde que a lei não as sujeite à forma escrita, muito embora, na prática, raramente ocorra. O problema que se põe aqui é o da prova: o contraente – tipicamente o aderente – que quiser prevalecer-se da cláusula acordada tem que provar que o foi. Aplica-se o artigo 342º C.C. na falta de disposição especial visto que, em relação a prova, nada fala o artigo 7º. Em resumo, é possível a coexistência, no mesmo negócio, de cláusulas negociadas, que incidam sobre aspetos específicos do negócio, e de cláusulas contratuais gerais, o que coloca o problema, resolvido pelo artigo 7º, ao proclamar o princípio da prevalência das cláusulas especificamente acordadas pelas partes. Vejamos o entendimento do STJ, processo nº **1458/056.7TBVFR-A.P.S1**, de 17-02-2011, segundo o qual “*II - Entre o contrato de adesão e o contrato consensual não existe todavia uma dicotomia absoluta, havendo ainda a considerar uma figura híbrida, o “contrato de adesão individualizado”, onde a par de cláusulas que se mantêm inalteráveis de contrato para contrato, se verifica a inserção de disposições específicas moldadas no interesse das partes e em particular do aderente; estes contratos têm uma regulamentação diversificada, de harmonia com a índole das normas que deles constam*”. (grifo nosso)

Um segundo elemento apontado por Menezes Cordeiro¹² é a rigidez da cláusula visto que “*proponentes e destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar*” (grifo nosso). Ou seja, o que é apresentado é imposto, sem ajustes, ao contraente.

¹² Cláusulas Contratuais Gerais – anotação do DL 446/85 de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra.

A soma das duas características acima mencionadas – pré-elaboração e rigidez - é o fruto direto da falta de negociação individual apontada desde a introdução deste relatório e remonta para a decadência do modelo contratual inicialmente pensado, embasado na autonomia da vontade e poder negocial equilibrado entre as partes.

Não se entenda, todavia, que a rigidez acima apontada signifique uma ausência de negociação absoluta. Não podemos confundir a rigidez das cláusulas contratuais gerais, impostas unilateralmente, sem prévia negociação, com as negociações sobre alguns aspetos do contrato, por exemplo, em relação a prazo e prestações, porém, no essencial, ele será (ou já foi) redigido, total ou parcialmente, com cláusulas previamente elaboradas: tais cláusulas rígidas, pré-elaboradas, que não fazem parte do eventual acordo pontual – são as cláusulas contratuais gerais. Antes pelo contrário, as negociações pré-contratuais representam motivações e objeto que não se prendem com o “esclarecer do clausulado” e sim destinam-se ao incentivo à contratação.

Como um terceiro elemento a doutrina aponta o carácter da generalidade (indeterminação) das cláusulas contratuais gerais quando rege “*proponentes ou destinatários indeterminados*”. Só que, numa leitura mais atenta, o nº 2 rege “*o presente diploma aplica-se a cláusulas inseridas em contratos individualizados*” afasta a tal generalidade. Poderíamos explicar isso através da Diretiva 93/13/CEE ter sido transposta em dois momentos distintos para o direito interno, mas isso não se mostra relevante para o presente estudo.

Em recente publicação o professor Menezes Cordeiro¹³ prefere identificar o elemento “multiplicidade” em vez de “generalidade”. Baseia-se na lei alemã, § 305/I do BGB, onde lê-se “*condições gerais dos contratos são todas as condições contratuais pré-formuladas que, para uma pluralidade de contratos, uma parte no contrato coloque à outra, para conclusão de um contrato*”. Explica que o utilizador das ccg pode estar identificado, mas usá-las repetidamente, em vários contratos. Entendemos que as características apontadas não devem ser tomadas como elementos autónomos ou isolados, antes como aspetos parcelares de um todo, que só na unidade conceitual ganham algum sentido: em rigor, todas reciprocamente se implicam.

¹³ ob. cit., p. 374.

Destacamos ainda a unilateralidade que consiste na elaboração de cláusulas única e exclusivamente por uma das partes, normalmente o proponente/predisponente. Atentamos ainda ao fato do diploma da LCCG não conter norma referente a delimitação subjetiva do sujeito aderente (no âmbito de aplicação): esta delimitação resulta do caráter geral “proponentes e destinatários”. Assim o critério para individualização do sujeito aderente é o da ausência de negociação individual e o da possibilidade de influenciar o conteúdo das cláusulas que irão compor o contrato.

O professor Menezes Cordeiro¹⁴ ensina que além das características retro citadas, existem outras que não sendo necessárias, surgem com frequência. São elas: 1- A desigualdade entre as partes: o predisponente goza em regra de larga superioridade económica e jurídico-científica em relação ao aderente. 2- A complexidade: as CCG alargam-se por diversos pontos cobrindo, minuciosamente todos os aspetos do contrato, fazendo incluir, por exemplo, determinação da lei aplicável e foro competente para dirimir litígios. 3- Natureza formularia: frequentemente as CCG constam de formulários extensos onde o aderente limita-se a descrever seus elementos de identificação.

Do exposto, concluímos que a lei não dá definição do que são as cláusulas contratuais gerais; ela tem que ser construída a partir de elementos extraídos do âmbito de aplicação da lei, ou seja, a lei diz-nos como ela se deve apresentar para que seja por si tutelada.

1.5. Inclusão em contratos singulares

Do diploma DL 446/85 constam disposições que procuram acautelar o efetivo conhecimento e aceitação das cláusulas por parte dos aderentes, incluídas em propostas de contratos singulares (art.ºs 4º a 9º).

Segundo Almeida Costa e Menezes Cordeiro¹⁵, as ccg, por si mesmas, não têm relevância negocial: constituem um modelo preconizado para o exercício da autonomia

¹⁴ Manual de Direito Bancário. 4ª ed – reimpressão, Almedina, 2012, p. 457.

¹⁵ Mário de Almeida Costa e Menezes Cordeiro, Clausulas Contratuais Gerais. Coimbra, 1990, p. 23

privada. É na realização concreta dos contratos, em face da proposta e aceitação, que as ccg se integram nos contratos singulares (art. 4º).

O artigo 4º - que consagra a doutrina da aceitação - acolhe o já previsto no artigo 232º do CC, vejamos: “O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.” Portanto, a inclusão das cláusulas em contratos singulares não dispensa a aceitação do aderente ou destinatário; apresenta-se a aceitação como requisito constitutivo da celebração dos contratos com base em CCG. É esse o entendimento do STJ, processo nº **1582/07.1TBAMT-B.P1.S1, de 24 de março de 2011**: “(...) II - *Para que as cláusulas se possam incluir nos contratos, necessária se torna a sua aceitação pelo aderente, pelo que ficam naturalmente excluídas do contrato as cláusulas contratuais gerais não aceites especificamente por um contraente, ainda que sejam habitualmente usadas pela outra parte relativamente a todos os seus contraentes.*”

Não obstante, em matéria de perfeição da declaração negocial (e validade), não estão afastados os dispositivos 224º a 235º e os artigos 240º a 257º (falta e vícios da vontade), todos do Código Civil, no que couber.

Exatamente no processo de inclusão das CCG em cada contrato singular impendem sobre o predisponente deveres a serem observados pois, caso não o sejam, as cláusulas não são dotadas de eficácia. A aceitação tem, em termos gerais, que assentar numa manifestação de vontade livre e esclarecida e, para isto, a lei impõe certos deveres: é o que veremos no capítulo seguinte.

Por fim, cabe-nos fazer uma ressalva importantíssima e para isso iremos nos utilizar de uma decisão do STJ, **Revista n.º 3659/05** - 6.ª Secção, Relator Sousa Leite, julgada em 07-02-2006, onde lemos “I - *Não obstante a alteração introduzida no art. 1.º do DL n.º 446/85, de 25-10, pelo DL n.º 249/99, de 07-07, a referência nesse normativo àqueles que tenham a qualidade de “destinatário” abrange quaisquer contratos de adesão, com cláusulas gerais, independentemente de serem contratos de consumo ou outros contratos, nestes se incluindo os contratos entre empresários.* II - *A publicação do DL n.º 249/99 teve como escopo harmonizar o conteúdo do art. 1.º do DL n.º 446/85, com o disposto no art. 9.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 24/96, de 31-07 (Lei de*

Defesa do Consumidor) de molde a englobar, expressamente, no âmbito de aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais, para o qual, aliás, aquele último normativo, remete, os contratos de adesão individualizados celebrados entre empresários e consumidores (...).”

Jorge Morais Carvalho¹⁶ chama atenção para o fato deste artigo 4º ser interpretado cuidadosamente tendo em vista que nem sempre o predisponente é o proponente de cláusulas (diversamente do que sugere o artigo). Lembra-nos o autor que no processo de celebração do contrato podem as cláusulas ser inseridas num convite a contratar formulado pelo predisponente, que assim não fica imediatamente vinculado pela sua declaração. A proposta, neste caso, é emitida pela outra parte, cabendo a aceitação pelo predisponente. O artigo 4º deve ser precedido da leitura atenta do artigo 1º, números 1 e 2 do mesmo diploma que já faz essa chamada de atenção, embora de forma imperfeita, quando refere às cláusulas que proponentes ou destinatários se limitem a subscrever ou aceitar; igualmente quando estabelece que as cláusulas podem ter sido elaboradas pelo proponente ou pelo destinatário.

Não podemos deixar de referir, ainda que *en passant*, que as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre as ccg. Devem ser invocadas e provadas por quem delas queira prevalecer, seguindo assim o raciocínio do artigo 342º do CC. São as chamadas cláusulas prevalentes, dispostas no artigo 7º da LCCG.

¹⁶ Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Almedina, 2012, p. 179.

2. CAPÍTULO II – DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS ESPECÍFICOS DA LCCG

2.1. Noções gerais

Diante das alterações de vulto no modelo das contratações, verificou-se que o artigo 405º, nº 1 do Código Civil não mais tutelava a liberdade de estipulação dos contraentes devido as alterações nos parâmetros tradicionais da liberdade contratual, ou seja, a *lex contractus* passou a ser elaborada por um dos contraentes. Atenta à modificação dos parâmetros contratuais a jurisprudência não cansa de ditar decisões que reforçam esse entendimento. Vejamos, por exemplo, acórdão do **TRC**, processo nº **365/10.6TJCBR.C1**, de 17-05-2011, ao reconhecer a insuficiência do citado artigo, vejamos: “*I – Os contratos de adesão restringem de forma severa a liberdade de negociação e de estipulação, consistindo o seu traço comum na superação do modelo contratual clássico – os clientes subordinam-se a cláusulas previamente fixadas, de modo geral e abstracto, para uma série indefinida de efectivos e concretos negócios (...).*”

Sabemos, também, que na delimitação do período pré-contratual nos ordenamentos jurídicos do *Civil Law*– da proposta até a aceitação – estão as partes incumbidas de deveres ligados intrinsecamente com os ditames da cláusula geral da boa-fé¹⁷, deveres de conduta matizada na correção, na probidade, na ausência de intenção lesiva, entre outras. Daí extraímos os deveres de lealdade e sigilo, segurança e proteção, informação.

O professor Menezes Cordeiro¹⁸ ensina que as ccg inscrevem-se no negócio jurídico através dos mecanismos negociais típicos e que por isso, os negócios originados podem ser valorados à luz das regras sobre a perfeição das declarações negociais; e aí há que lidar com erro, falta de consciência da declaração ou incapacidade negocial. Mas dada a especificidade da formação contratual em causa, a mera aceitação do direito civil comum não basta; são exigidos outros requisitos para a inclusão das cláusulas: 1)

¹⁷ Vide artigo 227º do C. Civil português.

¹⁸ Tratado de Direito Civil, Vol. I, Parte Geral, Tomo I, 3ª ed., Coimbra, 2007

efetiva comunicação – artigo 5º, 2) efetiva informação – artigo 6º, 3) inexistência de cláusulas prevalentes – artigo 7º.

Tendencialmente, nas palavras de Ana Prata¹⁹ “ *as negociações pré-contratuais, muitas vezes presentes nos contratos de adesão, têm motivações e objecto que estão longe de ser esclarecedores do conteúdo do contrato, antes se destinando frequentemente a ocultar os seus aspectos mais gravosos para o aderente, a fim de o incentivar a contratar; e, de qualquer modo, a disparidade das posições constitui sempre um factor decisivo de alheamento do aderente ao conteúdo clausular*”.

Ao par disto, o DL 446/85 erige a proteção da parte mais fraca²⁰ em três frentes: consagração de deveres de comunicação e informação, controlo do conteúdo das cláusulas e no meio processual de proibição da utilização futura de cláusulas contratuais gerais (ação inibitória²¹). Estas frentes comportam primacialmente a reprovação de regulações que impliquem uma *desvantagem desproporcionada* para a contraparte do utilizador. Nas palavras de Almeno de Sá²² “*há um referente de razoável equilíbrio que é preciso respeitar e que é posto em causa se o utilizador procura concretizar a todo custo, na conformação do regulamento contratual, os seus exclusivos propósitos, sem nele corporizar, de forma minimamente adequada, os legítimos interesses da contraparte*”.

2.2. Dever de Comunicação

Cumpre-nos, inicialmente, delimitar o sentido de comunicação que aqui trataremos. Não se prende, minimamente, com a comunicação na perspetiva do direito fundamental da liberdade de expressão, oponível ao Estado, e a qualquer pessoa, para que estas não obstem e não impeçam o acesso e a transmissão de informação.

¹⁹ Contratos..., ob. cit., p. 207.

²⁰ Joaquim de Sousa Ribeiro ensina “*todas as CCG – com ressalva para as exceções previstas no artigo 3º - são abrangidas, e não apenas as utilizadas perante eventuais situações de desigualdade de poder, com raízes em factores exógenos à própria relação contratual, não constituem um elemento da previsão, nem, consequentemente, critério de aplicação do regime especial das CCG.*” *O Problema do Contrato*, ob. cit., p. 331.

²¹ A ação inibitória pode existir relativamente a cláusulas que ainda não fazem parte de nenhum contrato singular em vigor; elas podem ser objeto de ação inibitória num momento prévio à sua efetiva integração em contratos singulares. Com cariz preventivo, pode ser atuada pelo Ministério Público ou por associações de defesa do consumidor – artigos 25.º e 26.º

²² Direito Bancário. Coimbra Editora, 2008, p. 41

Utilizaremos o termo comunicação no sentido de dever de todo aquele que exerça atividade económica agir positivamente, ou seja, um dever de prestação positiva de toda pessoa que forneça produtos ou serviços no mercado do consumo.

Na LCCG a comunicação das cláusulas deverá ser integral, adequada e atempada, assim poder-se-á atender ao objetivo de tornar “*possível o conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência*”. A comunicação dirige-se basicamente à forma e à possibilidade de se ter conhecimento do conteúdo contratual ou dos dispositivos clausulares.

As contratações atuais embasadas na racionalidade e especialização – tanto na contratação em massa como no contrato de adesão individual - suscitam o fato comum do aderente não conhecer do clausulado como um todo, ora pelo clausulado ser prolixo, ora pela grafia ser desestimulante, ora por remeter a anexos, enfim. É preciso que se diga que esta dificuldade inicial dá-se tanto nas pessoas ditas “menos esclarecidas” como em indivíduos dotados de enorme saber.

Após primeira leitura da letra da lei verificamos que a comunicação entre as partes deverá ser a mais clara quanto possível da integralidade dos elementos constantes da proposta contratual²³. Portanto, é essencial que aliado a noção de contrato permaneça o acordo livre e esclarecido, não obstante sua pré-elaboração, unilateralidade, rigidez, multiplicidade (generalidade e indeterminação).

Este dever traduz-se numa obrigação de meios²⁴ (também conhecida por obrigação de tentativa ou obrigações de adequação), ou seja, é necessário que haja, por parte do predisponente, uma atividade efetiva que torne possível ao aderente o conhecimento do conteúdo do contrato e que a informação implicará diligências

²³Ferreira de Almeida, ao versar sobre o ordenamento jurídico português, afirma que se afasta a existência de proposta e está-se perante um convite a contratar “se faltarem os requisitos de completude ou de adequação formal e ainda se o emitente, através de protesto, fizer saber que a sua mensagem não deve ser considerada como proposta.” Parece-nos que o dever de comunicação imposto pela LCCG impõe esta completude da proposta visto que impõe a comunicação não só de aspetos gerais do contrato mas também a obrigação de informar os direitos dos aderentes.

²⁴ Para maior desenvolvimento sobre obrigações de meios, vide Pedro Murias e Maria de Lurdes Pereira “*Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação*”, in Estudos em Memória do Prof Doutor Paulo Cunha, disponível em <http://uriasjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf>

concretas no sentido de que esse conhecimento efetivamente ocorra. Note-se que a obrigação do predisponente é tentar adequadamente causar um resultado, “tornar possível” o conhecimento efetivo do contrato. Se o aderente não usar de comum diligência, já não é o conhecimento garantido, e não se pode falar em descumprimento da obrigação pelo predisponente. Importa referir que nestas obrigações de meio há cumprimento quando o resultado é adequadamente tentado. Todos os atos necessários e cautelas adequados são momentos do cumprimento.

Não se entenda, todavia, que da mera remessa da minuta do contrato com antecedência possa, sempre em abstrato, considerar-se como cumprido o dever de comunicação. Não podemos perder de vista que há clausulados excessivamente técnicos e por isso mesmo necessitam de ser clarificados.

Variável também deverá ser entendido o padrão de diligência referido no n° 2 do artigo 5, em apreço. Diz Ana Prata²⁵ que *“a diligência média é, pois, uma diligência que varia, ela própria, em função das características do sujeito (...) o padrão que a lei acolhe tem de variar em razão da preparação cultural do aderente e da consequente maior ou menor vulnerabilidade dele a argumentos persuasivos do outro contratante.”* Apenas não vemos como, na prática, um contratante fará essa adequação em função da natureza de adesão dos contratos onde pressupõe-se a uniformidade dos clausulados para uma generalidade de pessoas. Há, pois, uma ineliminável margem de indeterminação que, esperamos, ser preenchida pelo aplicador do direito, na subsunção da norma ao caso concreto.

É notório que o dever de comunicação será mais cobrado quanto mais importante, extenso e complexo seja o contrato, na medida em que é esperado que o aderente tenha um conhecimento efetivo sobre todas as cláusulas que constituem o contrato. Note-se que a natureza, a importância e a complexidade do contrato ditará as balizas do dever de comunicação. Por exemplo, quando um bem é lançado no mercado, maior será a observância do dever de comunicação por parte do vendedor/fornecedor no sentido de explicar, demonstrar o uso e características. Na medida em que este bem passa a ser

²⁵ ob. cit., pp. 226 e 227.

absorvido pelo bom e comum uso da sociedade, a obrigação de comunicação também diminui gradativamente.

O professor Menezes Cordeiro²⁶ alerta que o cumprimento desse dever, nomeadamente no setor bancário, prova-se através de indícios exteriores variáveis, consoante as circunstâncias. Continua o professor “*assim perante actos correntes e em face de clientes dotados de instrução básica, a presença de formulários assinados pressupõe que eles os entenderam; caberá, então, a estes demonstrar quais óbices. Já perante um ancião analfabeto, impõe-se um atendimento mais demorado e personalizado. É possível, neste ponto, fazer a ponte entre o dever de comunicar, o dever de informar, abaixo referido, (...). E como tal dever, ainda que legal, é específico, o seu incumprimento envolve a presunção de culpa, nos termos do artigo 799º, nº 1 do CC*”.

Não podemos admitir, na sequência do raciocínio, as cláusulas que declaram que o aderente tomou conhecimento integral e suficiente de todo o conteúdo clausular. Aliás, o previsto no artigo 21º, e) “*cláusulas absolutamente proibidas – atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais*” - deveria estender-se a todos os contratos com base em CCG e não apenas aos contratos celebrados com consumidores finais. Não entendemos porque o legislador não incluiu no artigo 8º tal previsão. Pensamos que reforçaria os deveres ora em apreço.

Embora não existisse na lei especial o reforço da obrigação de comunicação, esta obrigação sempre impor-se-ia visto já ter sido tratada no artigo 227º, nº 1 do Código Civil – culpa na formação dos contratos: devem as partes agir de boa-fé sob pena de responsabilidade por culpa *in contrahendo*.

Porém, quis o legislador de 85 estimular o proponente/predisponente a bem cumprir o dever de comunicação. Tanto é que determinou que o ónus da prova da comunicação efetiva e adequada é de quem submeta a outrem um contrato com base em CCG. Ana Prata²⁷ discorre sobre o artigo 5º: “*o nº 3 estabelece (...) que o ónus da prova*

²⁶ Manual de Direito Bancário, 4ª ed. – reimpressão, Almedina, 2012, p. 477.

²⁷ Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, ob. cit., pp. 250 e 251.

de comunicação adequada e efectiva cabe ao predisponente das cláusulas, significando isto que, se, depois de celebrado o contrato com base em cláusulas contratuais gerais, o aderente vier a impugnar o contrato (ou parte do seu clausulado), alegando que não o conheceu, não tem ele de provar que lhe não foram concedidas possibilidades de conhecimento. Ao invés, é ao predisponente que cabe a prova de que cumpriu esta obrigação, isto é, de que proporcionou ao aderente as condições para que ele conhecesse completa e efectivamente o regulamento contratual. Se não conseguir produzir tal prova, corre o risco de ver essas cláusulas retiradas do contrato, nos termos do artigo 8º, alínea a).” A autora distingue em função de o contrato de adesão ter sido celebrado com cláusulas contratuais gerais – hipótese em que admite que o tribunal seja mais exigente na exigência da prova ao predisponente – e de ter sido o contrato concluído singularmente, caso em que o aderente, ao pretender contestar a inclusão de uma cláusula com fundamento na violação do dever de comunicação, estará onerado com a prova de que o contrato não foi negociado. Fixamos nós o seguinte entendimento: sem dúvida alguma, a leitura do nº 3 do artigo 5º nos indica que o ónus da prova do cumprimento do dever de comunicação incumbe a quem submete a outrem as CCG, ora, ao predisponente. Aliás, o citado preceito legal concretiza o postulado geral em matéria de ónus probatório previsto no artigo 342º, nº 1, do CC. Vejamos: *“Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.”* Trata-se de uma norma dispensável, não pretendendo consagrar uma exceção à regra de que o ónus da prova deve acompanhar o ónus da alegação. Partilhamos do entendimento de Almeida Costa e Meneses Cordeiro que bem ensinam *“este preceito corresponde ao regime geral do artigo 342º... O seu intuito é meramente pedagógico, precavendo eventual perturbação interpretativa que possa decorrer do facto de ser normalmente o destinatário da cláusula a invocar a falta ou desadequação da sua comunicação”*. Por tudo o dito firmamos então o seguinte entendimento: determinada cláusula que é abarcada pelo âmbito de aplicação da LCCG não poderá ser invocada por quem a submeteu a outrem, se não alegar e provar que a comunicação da mesma ao destinatário foi feita de maneira efetiva e adequada, sem o que, será considerada excluída do respetivo contrato.

Há autores, como Sousa Ribeiro²⁸, que apontam o princípio da transparência como base fiel para cumprimento do dever de comunicação. Entende este autor que o destaque, a clareza, correta localização sistemática do clausulado contribuem para o cumprimento da cláusula geral da boa-fé e retira o fundamento legal do dever de informação do artigo 16º da LCCG e não do artigo 5º. Relativamente ao princípio da transparência alinhamos com o autor Sousa Ribeiro no sentido de que elementos organizativos do clausulado corroboram para melhor conhecê-lo. O que não podemos deixar de frisar aqui é que retirar fundamento legal do dever de informação do artigo 16º não nos parece incorreto apenas apaga ou retira o brilho para o que a LCCG tentou realçar: o fato de que comunicação e informação são encargos específicos, têm que ser cumpridos, haja ou não confiança suscitada ou outros elementos atendíveis.

Vale ainda ressaltar que o dever de transparência, nos moldes de Sousa Ribeiro, tem destaque no DCFR, senão vejamos: “II. – 9:402: *Duty of transparency in terms not individually negotiated*

(1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language.

(2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair.”

No direito europeu o controlo de inclusão das cláusulas contratuais não negociadas faz-se através da proteção do aderente contra as cláusulas contratuais desconhecidas, nos seguintes termos: artigo 5º da Directiva 1993/13/CE, de 5 de abril de 1993 – “(n)o caso dos contratos em que as cláusulas propostas ao consumidor estejam, na totalidade ou em parte, consignadas por escrito, essas cláusulas deverão ser sempre redigidas de forma clara e compreensível”. No mesmo sentido a Proposta de Regulamento da União Europeia sobre um direito Europeu Comum de compra e venda, em seu artigo 70º, nº 2, segundo o qual “*Para efeito do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num*

²⁸ O problema do contrato, ob. cit., p. 395 a 440.

documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento”. Já os artigos 82º e 83º desta Proposta propõe-se superar a dicotomia entre o controlo de inclusão e controlo de conteúdo. O professor da Universidade de Minho, Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira²⁹ chama-nos a atenção para os seguintes aspetos: o artigo 82º corresponde ao artigo 5º da Directiva. O artigo 83º, nº 2, da proposta de regulamento complementa o artigo 4º, nº 1, da Directiva 1993/13/CE quando explicita que o carácter abusivo de uma cláusula contratual deve ser apreciado mediante consideração da circunstância de a cláusula ter sido redigida de forma clara e compreensível. Porém o ilustre professor adverte que o alcance do controlo de inclusão da proposta de regulamento é muito restrito primeiramente porque os citados artigos (82º e 83º) da proposta aplicam-se exclusivamente aos contratos entre profissionais e consumidores e em segundo lugar a proposta de regulamento deveria consagrar explicitamente deveres de esclarecimento e deveres de informação, não esquecendo, todavia, de consagrar, também a exclusão de cláusulas surpresa.

2.3. Dever de Informação

O dever de informação não é um dever inédito visto que o CC de 1966, em seu artigo 573º elenca “*A obrigação de informação existe, sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias.*” Galvão Telles³⁰ entende que o legislador reforçou ideia existente no código civil - no artigo 573º: em concreto, quem estaria em condições de prestar informações seria a parte que impõe ccg ao aderente. Não podemos deixar de ressaltar que o dever de informação do artigo 573º não se prende com deveres pré-contratuais e sim com conteúdo de obrigações.

O direito português é dos que expressamente leva o dever de informar ao infinito e mais além. Nos trabalhos preparatórios Vaz Serra³¹ entendia que a obrigação de

²⁹ Cláusulas Abusivas em Contratos com Consumidores. A Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993, e a Jurisprudência do Tribunal de Justiça, In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol. III, Almedina, 2013.

³⁰ Manual dos Contratos em Geral, 4ª., Coimbra, 2010, p. 321

³¹ Adriano Paes da Silva Vaz Serra. Obrigações de reembolso de despesas, informação, exibição de coisas, restituição, e de sujeito indeterminado. “Ius Tolendi”, Separata do BMJ 77,79 e 80 (1958), 79-89 (80).

informar tocaria sobretudo a alguém que tratasse de negócios alheios ou de negócios, ao mesmo tempo alheios e próprios, propondo que a obrigação de informar decorresse da obrigação de prestação de contas. Todavia o legislador de 1966 entendeu diferente e consagrou a obrigação de informar tal qual o 573º transcrito linhas acima.

O dever de informação, proveniente da conformidade e observância do princípio da boa-fé na fase pré-contratual (princípio de não causar dano a outrem sob pena de responder pelos danos que culposamente der causa), aliás, já citado no artigo 227º do CC, veio explicitamente marcado na LCCG. Veremos detalhadamente a seguir, mas sem deixar de expor que violada a boa-fé *in contrahendo* devem ser ressarcidos todos os danos causados, ficando envolvidos tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

Em termos genéricos, o dever de informar tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação considerada, não seja conhecido pela contraparte. Em termos descritivos – não exaustivo - poderá recair:

- a) Sobre o objeto do contrato
- b) Sobre aspetos materiais conexos com o objeto
- c) Sobre a problemática jurídica envolvida
- d) Sobre perspetivas contratuais
- e) Sobre a conduta do próprio obrigado

Veio explicitamente marcado na LCCG. Em termos gerais, aquele que submete outrem a subscrever contrato com base em ccg tem o dever de informar a outra parte dos aspetos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique, e prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados, a depender das circunstâncias. Portanto, a informação dirige-se basicamente à perceção do conteúdo pelo aderente.

Começaremos por dizer que o dever de informação aparece como uma repetição normativa (do dever de comunicação) e, desta feita, repetiríamos o que já escrevemos no ponto 2.2 da presente dissertação.

Veremos mais a frente que releva o estudo do artigo 6º pela aplicação do seu nº 2.

Parece-nos que a preocupação do legislador foi permitir ao aderente a compreensão do que, pressupõe-se, foi bem comunicado. Na verdade, este preceito obriga o predisponente a um juízo de prognose sobre as eventuais dúvidas que a cláusula venha a suscitar. Na leitura de Paula Alves³² o dever de informação, que se poderá considerar um dever de esclarecimento, tem duas vertentes: uma que consubstancia um dever de iniciativa daquele que apresenta cláusulas contratuais gerais, obrigado a diligenciar para que sejam aclarados os aspetos que se justifiquem; outra que consubstancia um dever de responder às solicitações que lhe sejam dirigidas pelo aderente relativas às solicitações de esclarecimentos razoáveis.

A doutrina e jurisprudência têm entendido que o dever de informação do predisponente fará sentido quando forem solicitados esclarecimentos razoáveis (oportunos) objetivos e fundamentados por parte do aderente, a fim de proteger situações caprichosas ou despropositadas por parte deste.

O artigo 6º da LCCG não nos dá maiores orientações sobre o que devemos considerar informação válida e eficaz, melhor dizendo, quando a informação dar-se-á por bem prestada. Vamos pincelar o conteúdo desse dever de informação segundo Paulo Lôbo³³, que nos ensina, embora dentro da temática do direito do consumidor brasileiro, que cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo aderente (consumidor) típico preencha os seguintes requisitos, que devem estar interligados: **Adequação** – quando as informações são transmitidas através de meios eficientes e com conteúdo adequado. Entra aqui um requisito chamado de cognoscibilidade: é cognoscível o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor. Cuidados com a adequação ao consumidor típico; sinais empregados devem ser claros e precisos, referentes ao preço, garantia, validade e origem do produto. Ainda sobre produtos, composição, riscos e periculosidade; **Suficiência** – quando as informações são completas; **Veracidade** – deve revelar os reais componentes e qualidades do produto e do serviço.

³² In Comunicação e informação de cláusulas contratuais gerais, uma relação de complementaridade. Disponível em <http://www.asf.com.pt/winlib/winlibimg.aspx?skey=2111B9BA418348B68E5954F37535A658&d oc=10037&img=963&save=true>. Acesso em novembro de 2015.

³³ A informação como direito fundamental do consumidor. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/2216>, publicado em 10/2001.

Nas lições de Mariana Fontes da Costa³⁴ dentro do vasto dever de informar, podemos distinguir o dever de informação *strictu sensu*, que corresponde à mera comunicação ao outro contratante das circunstâncias, condições e alcance do negócio a celebrar; pode desdobrar-se num dever de conselho, abrangendo não apenas a comunicação, mas também a orientação sobre a melhor conduta a adotar; outro possível desdobramento poderá ser o entendido pela doutrina francesa como o “*mise en garde*” ou dever de advertência implicando já uma chamada de atenção da contraparte para um perigo material ou jurídico inerente ao negócio. Para complicar ainda mais a conceituação do dever pré-contratual de informação, a doutrina ainda refere duas outras possíveis conceitualizações dentro do dever de informação em sentido lato: um dever de informação em sentido estrito sendo assim considerado uma obrigação de fato positivo, cujo cumprimento exprime-se quando o predisponente informa à contraparte com exatidão sobre as essenciais circunstâncias à formação da sua vontade. Por fim, o dever de informação poderá revelar-se num dever de verdade, constituindo numa obrigação de fato negativo cujo teor impõe ao predisponente a obrigação de não comunicar informações inexatas sobre fatos essenciais. Tendencialmente os deveres de conselho e advertência surjam como deveres laterais nas relações contratuais, parece-nos que a LCCG engloba todas as possibilidades de informação ao aderente para que sua decisão pela contratação seja, *máxime*, clarificada.

Ora bem, uma vez expostos o sentido e alcance de todas as modalidades do encargo de informação, impossível se torna ignorarmos a natureza conflituosa do direito pré-contratual a ser informado. Talvez tenha sido esse o motivo pelo qual o artigo 6º não nos dá maiores detalhes sobre sua eficiência e eficácia...

Entendemos que o dever de informação do artigo 6º mitiga o poder negocial da parte detentora do conhecimento e informação, significando em alguns casos, consequências potencialmente nefastas para o sistema económico (que aqui não iremos desenvolver por ser estranho ao nosso estudo).

Para concluir, entendemos que os deveres pré-contratuais emergentes da boa-fé, acrescidos na LCCG pelos encargos de comunicação e informação, não podem nem

³⁴ O dever pré-contratual de informação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, p. 374.

devem servir de base para entender-se que estamos a proteger a parte mais fraca ou o contraente mais frágil. Eleger tal critério como fundamento destes deveres implicaria, desde logo, recusar o recurso à boa-fé sempre que uma parte contratual com idêntico ou até superior poder negocial se visse prejudicada por uma prática desleal, desonesta ou incorreta da outra, como veremos mais adiante. Fazemos aqui a ressalva de que todas as vezes que utilizarmos a expressão “parte mais fraca” estamos apenas nos referindo àquele que adere a cláusulas sem opção de intervir em seu conteúdo, sem fazer juízo de valor sobre sua condição pessoal, isto porque torna-se também mais fácil para nossa exposição de ideias.

Concordamos com Carneiro da Frada³⁵ quando diz que “ *o contrato é, do ponto de vista dos sujeitos, um acto de estrutura final, porque dirigido à realização dos seus projectos*”. Assim entendido, o critério dos deveres pré-contratuais de informação deverá ser a salvaguarda do fim do contrato, valorizando a promoção de *standards* de correção e honestidade na conduta contratual para ambas as partes, elevando o contrato a instrumento de satisfação recíproca de interesses, ainda mais quando realizado com base em ccg.

Vejamos o artigo 8º, alínea b) Consideram-se *excluídas dos contratos singulares as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo*. Note-se, a letra da LCCG nada acrescenta de substancial apenas realça a necessidade do conhecimento efetivo do alcance das cláusulas. O predisponente terá que cumprir o dever de comunicação – dando a conhecer o teor das cláusulas de maneira efetiva – bem como terá que esclarecer os aspetos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. Cuidado a ter aqui será a informação em excesso que, por vezes, poderá traduzir-se numa falta de informação³⁶.

É importante que se diga, como veremos na nota jurisprudencial adiante, que o legislador não tratou o aderente como pessoa inábil e incapaz de adotar os cuidados que são inerentes à celebração de um contrato e por isso lhe exigiu também um comportamento diligente tendo em vista o conhecimento real e efetivo das cláusulas que

³⁵ Manuel Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2004, p. 443, nota 458.

³⁶ António Pinto Monteiro, “ *o novo regime dos contratos de adesão*”, ROA, ob. cit., p. 122 e 123.

lhe estão a ser impostas. Daí resulta que, o aderente não pode invocar o desconhecimento dessas cláusulas para efeitos de se eximir ao respetivo cumprimento, quando esse desconhecimento, a existir, apenas resulta da sua falta de diligência. O aderente não pode valer-se de debilidade para descumprir o acordado contratualmente alegando incumprimento do dever de informação. Como já dissemos, o aderente, a partida, não é um “inábil e incapaz”. Temos sempre que avaliar a situação fática (seus liames e complexidades) para melhor procedermos a aplicação da norma ao caso concreto.

A intensidade com que este dever deve ser cumprido variará de caso para caso, levando em consideração as necessidades sentidas por um aderente normal e sua capacidade de entender o conteúdo, alcance, significado e implicações³⁷. E assim, de caso para caso, trazemos ao presente estudo um acórdão do **TRC**, nº **2925/07.3TBVIS.C1**, de 17.11.2009, que realça a necessidade da casuística para aplicarmos as balizas dos deveres aqui estudados. Vejamos “*I – O dever de informação do vendedor para com o consumidor não pode ser entendido de forma absoluta ou exacerbada, devendo atender-se às circunstâncias do caso concreto e à postura de prudência e diligência que, este, perante as mesmas, deveria ter; tudo sob pena de se onerar intoleravelmente a posição daquele e se afectarem princípios de razoabilidade e boa-fé. II- Assim, se o comprador foi informado pelo vendedor, via internet, de uma certa característica ou qualidade do mesmo, e, depois, negoceia directamente com este os termos e condições da compra, experimenta o veículo, não lhe nota defeito, diz que lhe agrada e fecha negócio apondo a sua assinatura no contrato, não pode depois retractar-se com o argumento que tal característica ou qualidade não ficou expressa no contrato e que, destarte, a vendedora violou o seu dever de informação, maxime se não provou que ela era essencial para que comprasse a viatura*”.

Ainda em relação ao dever de informação ora em apreço, ensina Jorge Moraes Carvalho³⁸ no contexto do direito do consumo que a *informação* em sentido estrito distingue-se da *promessa* “*dado que nesta a mensagem contém em si mesma uma vinculação a um determinado efeito. Se é verdade que esse efeito é desconhecido,*

³⁷Neste sentido, ver Eva Sónia Moreira da Silva. Da Responsabilidade pré-contratual por Violação dos Deveres de Informação, Almedina, 2006, p. 160.

³⁸ ob. cit., p. 191 e ss.

podendo ser considerado como elemento de informação, o elemento essencial da mensagem resulta da vinculação do declarante e, portanto, da promessa em detrimento da informação”³⁹. Também neste domínio mister é distinguir-se os elementos de informação com relevância contratual direta e que têm por objetivo a reposição de algum equilíbrio entre as partes ao nível de conhecimento sobre os aspetos relevantes do contrato, para aí incidir o dever de informação conforme o artigo 6º da LCCG, não olvidando a premissa da impossibilidade do aderente influenciar o conteúdo contratual.

Relativamente ao ónus da prova, não foi introduzido norma simétrica sobre quem recai o ónus da prova do cumprimento do dever de informação. Por analogia, aplica-se o mesmo do dever de comunicação, lembrando, o ónus da prova incumbe, à entidade predisponente (tendo em vista os dois deveres visarem a finalidade de conhecimento e compreensão cabal do contrato).

Em termos de conhecimento geral, apontamos que o regime jurídico do contrato de seguro, em vigor pelo DL 72/2008, de 16 de Abril, prescreve regras próprias para a obrigação de informação (artigos 18º a 23º). O que não devemos esquecer é que o regime estabelecido pela LCCG versa especificamente sobre as cláusulas não negociadas, sempre prevalecendo sobre outras normas; mais uma vez reforçamos a ideia de que o DL 446/85 é dirigido a todo tipo de disposição contratual não negociada.

Vale ainda acrescentar que a Comissão Europeia, que tem por objetivo garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, por meio de Comunicado no ano de 2003 ao Parlamento Europeu e ao Conselho, teve a iniciativa de criar um quadro ou modelo contendo regras e princípios comuns (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) para servir de referência ou inspiração para as diversas legislações nacionais dos Estados-membros, quanto ao conjunto de normas e princípios que as partes devem acatar em seus contratos. O quadro geral composto de normas indicativas (DCFR) contém, a par de uma estrutura comum, definições e princípios a serem acatados uniformemente pelos diversos Estados membros e tem por finalidade influenciar as

³⁹ Portanto, se uma empresa informa ao público que abriu novo estabelecimento comercial em determinado local, não está a vincular-se que manterá este local aberto. No entanto, se a mesma empresa comunica que irá vender produtos com 60% de desconto no seu primeiro mês de funcionamento, não está a prestar uma informação em sentido estrito e sim está a prometer o que vai fazer.

legislações nacionais, os projetos de leis e os aplicadores de direitos das diversas cortes constitucionais, bem como texto didático comum para as diversas universidades europeias.

Neste DCFR, o dever de informação aparece explicitamente nos artigos II-1:109, 1:110, 9:402 e 9:403, embora não tenha servido de base para a LCCG visto ser posterior, apenas demonstra que o DL 446/85 continua atualizado em relação aos deveres pré-contratuais de comunicação e informação, incluindo nestes conceitos o dever de transparência.

Em sede de instrumentos supraestaduais, referimos ainda a presença dos deveres ora em estudo nos Princípios UNIDROIT, em seus artigos 2.1.19, 2.1.20 e 2.1.21.

A Comissão Europeia, na sequência do debate que tem vindo a promover sobre os problemas suscitados pelas diferenças entre o direito contratual dos Estados-Membros no funcionamento do mercado único, apresentou no dia 11 de Outubro de 2011 uma proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda. A proposta integra um conjunto vasto de normas de direito substantivo relativo aos contratos de compra e venda, que as partes de um contrato transfronteiriço poderão, se assim o entenderem, aplicar ao contrato que celebrem. Nessa medida, a proposta integra um instrumento de direito europeu comum da compra e venda facultativo. Resta-nos acrescentar que o dever de informação está largamente explorado nesta proposta que, em seu Capítulo 2 – Informações pré-contratuais ocupa 5 Secções. São elas: Secção 1 Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional ao consumidor, Secção 2 Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional a outro profissional; Secção 3: Contratos a celebrar por via eletrónica; Secção 4 Dever de assegurar a correção das informações fornecidas; Secção 5 Meios de defesa em caso de violação do dever de informação.

Por fim, a jurisprudência tem entendido, em relação aos deveres ora em apreço, que o aderente que deseje a informação, que a procure, que se disponibilize para recebê-la. Não são admitidas, por exemplo, situações em que é disponibilizada toda a informação e, não havendo qualquer interesse em recebê-la por parte do aderente, este

vem posteriormente invocar que não foi devidamente informado. É exatamente neste ponto que entra o instituto do abuso de direito como veremos mais a frente.

2.4. Natureza jurídica dos deveres de comunicação e informação

Adentrando, finalmente, no estudo da natureza jurídica dos deveres de comunicação e informação, a primeira consideração que temos a fazer é que estes deveres, não obstante os caracteres específicos da lei especial, têm natureza indenizatória pelos danos que alguém culposamente causar a outrem, com violação das regras da boa-fé na fase pré-negocial.

Assim, não deixamos esquecido que os pressupostos para esta responsabilização civil pré-contratual – por inobservância dos deveres ora em estudo – corresponde, ponto por ponto, aos pressupostos gerais de responsabilidade civil subjetiva: ilicitude, imputabilidade, culpa (presumida), dano e nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano. O dano reparável deverá ser correspondente ao *interesse contratual negativo*, por exemplo, contratos de substituição que, por causa do fato pré-contratual ilícito, não chegaram a realizar-se com terceiros. Porém, Baptista Machado⁴⁰ entende que, excecionalmente, se a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio, a responsabilidade tende a cobrir o interesse positivo ou do cumprimento. Referenciamos acórdão recente, de **11-07-2013**, do **STJ**, processo nº **5523/05.2TVLSB.L1.S1** que posiciona-se pelo ressarcimento do dano negativo, assim “VI - Se a conduta dos réus, no decurso da relação pré-contratual, proporcionou que o autor dela inferisse uma disposição firme de contratar, introduzindo um especial factor de confiança, era dever daqueles não romper injustificadamente as negociações. IX - A indemnização pelo interesse contratual negativo pode cobrir tanto os danos emergentes (despesas realizadas), como os lucros cessantes, incluindo outras efectivas possibilidades negociais, em especial aquelas que tenham sido rejeitadas por causa das negociações, mas não a oportunidade frustrada com o próprio contrato, inválido ou não concluído. X - Se o evento que obriga à reparação é constituído pela confiança criada no autor de que as negociações chegariam a bom termo e o contrato seria concluído, o lesado só pode pretender ser colocado na situação em que estaria se não

⁴⁰ Tutela da Confiança e “*venire contra factum proprium*”, Obra Dispersa, I, Braga, 1991, p. 368.

lhe tivesse sido criada essa confiança, isto é, apenas pode pretender um ressarcimento correspondente ao interesse negativo, ou seja, na situação sem quaisquer negociações”.

Encontramos na doutrina francesa o posicionamento de Jacques Ghestin⁴¹ no sentido de que o dever de informação, para além de dar lugar à responsabilidade pré-contratual, traduz uma maior exigência quanto à qualidade do consentimento, podendo conduzir a um alargamento dos vícios de consentimento tradicionais.

Porém, o diploma 446/85 vai mais longe do que mera indemnização... E a doutrina não é unânime em relação a natureza jurídica dos deveres de comunicação e informação. Veremos, a seguir, o labirinto dos doutrinadores.

Ao referir-se ao DL ora em estudo, Almeno de Sá⁴² qualifica como ónus a imposição de comunicação. Em outro trecho o autor opina que trata-se *“de uma projecção particular, ainda que com especificidades, do dever pré-contratual de esclarecimento, que a boa-fé faz recair, em geral, sobre os contratantes, estando assim, em perfeita sintonia com o preceito fundamental contido no artigo 227º do Código Civil”*.

Carlos Ferreira de Almeida também qualifica a comunicação como ónus, em sua obra “Contratos”, já aqui referenciada. Porém, foi CARNELUTTI⁴³, no entanto, quem de modo completo elucidou a noção de *ônus*. Segundo ele, falamos de *ônus* quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem, assim, o *ônus* seria uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse, de determinada vantagem que consiste na aquisição ou conservação de um direito.

O STJ, no processo nº **306/10.0TCGMR.G1.S1, de 02.12.2013**, decidiu reconhecendo o dever de comunicação como ónus nos seguintes termos *“O art. 232.º do CC consagra o princípio do consensualismo, impondo a coincidência entre a proposta e a aceitação relativamente aos elementos essenciais do negócio, sob pena de não*

⁴¹ Traité de Droit Civil, La Formation du Contrat, Paris, 1993, nº 601, p. 585.

⁴² Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, 2ª ed. Revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 61 e 234.

⁴³ Sistema di Diritto Processuale Civile, vol. I, CEDAM, Padova. 1936, p. 51.

conclusão do contrato. Supõe-se que, nos contratos de adesão, se garanta ao aderente um cabal e efectivo conhecimento do clausulado que integra o projecto ou proposta negocial. Tal significa que, na hipótese de omissão do dever ou ónus de comunicação de certas cláusulas de um contrato de adesão, o aderente apenas se torna parte de um contrato cujo clausulado corresponde ao conteúdo efectivamente comunicado. No caso dos autos, as condições do contrato de seguro estavam já elaboradas quando os autores aderiram ao mesmo, não tendo tido estes a possibilidade de influenciar o seu conteúdo, pelo que é aplicável o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (art. 1.º do DL 446/85, de 25/10 com as alterações introduzidas pelo DL 220/95, de 31 de Agosto e pelo DL n.º 249/99, de 7 de Julho)”. (grifo nosso).

Almeida Costa/Menezes Cordeiro⁴⁴ entendem ser uma obrigação de meios visto que a norma só impõe “uma atividade razoável” no sentido de proporcionar o conhecimento das cláusulas.

Ana Prata⁴⁵ entende ser uma obrigação mas, hesita em qualificá-la linearmente como “obrigação de meios”. Diz a autora que a lei impõe um resultado caracterizado como “possibilidade de conhecimento” por parte do aderente. Discorre “*não se impõe que o aderente tenha efectivamente conhecido as cláusulas, mas aquela possibilidade, tendo em conta os dados de facto da concreta situação, tem de ser assegurada*”.

Para o professor Menezes Cordeiro trata-se de verdadeiros encargos, em sentido técnico, que, por isso, assumem uma intensidade superior à dos meros requisitos de validade dos negócios e que correspondem aos vetores presentes no artigo 227º, nº 1. Contudo, sua inobservância não exige culpa e tem como consequência, não a obrigação de indemnizar, mas apenas a não inclusão da cláusula conforme estipulado (embora já vimos linhas acima que a indemnização com base no 227º poderá ser pertinente). A jurisprudência assim decidiu, entendendo como natureza de encargo o dever de comunicação no Acórdão do **STJ, processo nº 05B4052 de 19-01-2006**, segundo o qual “*II. O dever de comunicação a que se reporta o art. 5º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro, não se cumpre com a mera comunicação, pelo utilizador, que de tal tem o encargo, ao aderente, o teor das preditas cláusulas, sendo, outrossim, necessário para*

⁴⁴ ob. cit. p. 25

⁴⁵ ob. cit., p. 242 e 243.

que aquelas se considerem incluídas no contrato singular, que a comunicação, antes da conclusão do contrato, seja de molde a proporcionar à contraparte a possibilidade e um conhecimento completo e efectivo do clausulado, sem prejuízo de ao aderente igualmente se exigir comportamento diligente, para consecução de tal conhecimento”.

Depois de debruçarmos sobre o estudo dos deveres, entendemos que têm a natureza jurídica de encargo pré-contratual e servem como instrumento de medida no aspeto de incluir ou não determinadas cláusulas em contratos. Entendemos como encargos pois refletem uma intensidade superior ao mero conceito de *dever* que, por vezes, transcende o direito das obrigações, podendo por vezes, significar obrigação de espécie alguma, v.g., o dever de todos de abstenção da prática de condutas tipificadas como crimes. Assim serão considerados doravante.

2.5. Consequências jurídicas da inobservância dos encargos de comunicação e informação

Porque a existência de deveres e direitos traz consigo a possibilidade da sua violação, a sequência lógica leva-nos a analisar as consequências que podem daí resultar.

O artigo 8º elenca os motivos para exclusão das cláusulas nos respetivos contratos. Vejamos:

O artigo 8.º *“Consideram-se excluídas dos contratos singulares:*

- a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º;*
- b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo;*
- c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real;*
- d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes.”*

Num contrato celebrado com base em CCG, sendo algumas destas cláusulas não comunicadas ou não informadas, o resultado óbvio, de acordo com a lei civil geral, seria desde a indemnização até à anulabilidade, visto que não haveria um consenso real entre as partes. Portanto, alguns artigos do código civil poderiam ter aqui aplicabilidade como, por exemplo, 246º, 247º, e 251º. Porém a LCCG propõe “solução mais fácil da pura e simples exclusão dos contratos singulares atingidos”⁴⁶: exclui as cláusulas que pressuponham não terem sido comunicadas ou informadas ao aderente – de modo que este não tenha o conhecimento efetivo. E mais, encontramos um acórdão do STJ que exclui cláusulas de um contrato de seguro, ainda que estas cláusulas corroborem com preceitos de ordem pública. Vejamos: **STJ processo nº 684/08.1TVLSB.L1.S1**, de 31-05-2011: *“I - A falta de comunicação e informação da pessoa segura sobre o teor de cláusulas contidas em contrato de adesão conduz a que se devam considerar excluídas dos contratos de seguro a que se reportam, reduzindo-se, em conformidade, o respectivo âmbito contratual. II - A obrigatoriedade de comunicação e informação não é afastada, ainda que as cláusulas contendam com uma norma legal prescritiva e de ordem pública, relacionada com a condução de veículo em estado de embriaguez, por não fazer parte do quadro de situações que o regime das cláusulas contratuais excluiu. III - Não se trata de cláusulas contrárias à ordem pública, nem em tal se transformaram, pelo facto de a seguradora, por ter infringido o dever da sua comunicação e informação ao segurado, deixar de beneficiar da correspondente exclusão de cobertura.”*

Ressaltamos ainda que serão igualmente excluídas as cláusulas surpresa e as que forem apresentadas depois da assinatura do contrato (artigo 8º, c) e d)). Segundo Pinto Monteiro⁴⁷, trata-se de impedir que se façam valer, perante o aderente, cláusulas que suscitam, justificadamente reações de surpresa, por não lhe ser exigível – pela forma ardilosa com que as mesmas foram disfarçadas ou pela forma camuflada com que foram apresentadas – o seu conhecimento efetivo, ainda que previamente comunicadas. No nosso entendimento, as cláusulas surpresas não se autonomizam visto que integram a proposta contratual só que, por estarem deslocadas ou fora do contexto de certa epígrafe contratual, não são conhecidas pelo contraente. Podemos depreender esse entendimento

⁴⁶ Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 622.

⁴⁷ O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. ROA, Ano 62, Vol. I, 2002.

igualmente do Acórdão do **TRL** processo nº **1572/10.7TJLSB.L1-7**, de 18-12-2012, “I - A previsão normativa do art. 8º, alínea c) do citado diploma legal. Visa excluir a aplicação de cláusulas que “ passem despercebidas a um contratante normal “, em função do contexto em que surjam, epígrafe ou apresentação gráfica, pressupondo, na prática, uma certa dissimulação destinada a que o contraente não esteja em condições razoáveis para delas se aperceber ou para predispor-se a ponderar no respectivo teor, não tendo em vista, pura e simplesmente, expurgar do vínculo firmado entre as partes todo o clausulado inerente ao negócio, com base na dificuldade de leitura do documento que o consubstancia.”

A doutrina ainda salienta a problemática dos contratos que remetem para anexos ou separatas. Pergunta-se se as cláusulas ali contidas foram ou não objeto de conhecimento por parte do aderente. E tendencialmente a doutrina tem entendido que estes documentos não podem ser tidos como comunicados visto que exigem consultas demoradas, excessivas e fora do alcance do aderente e que, estão fora do que preceitua o artigo 5º da LCCG, devendo ser enquadrado no campo do artigo 6º. Divergimos desta orientação doutrinária pois, se entendermos que o dever de informação pressupõe uma comunicação perfeita (nos moldes do artigo 5º) então não podemos exigir um comportamento diligente do aderente no sentido de pedir informações sobre um conteúdo contratual, se tal conteúdo não lhe foi perfeitamente comunicado e que, no mais das vezes, passa-lhe por despercebido. O contraente terá sua capacidade de apreender, refletir e ponderar prejudicada. Portanto, posicionamo-nos no sentido de fazer incidir sobre estes anexos a obrigação do artigo 5º.

Concordamos com o **TRC**, processo nº **3181/07.9TJLSB.C1** que excluiu cláusulas com base na alínea d): “(...) V – Preceitua também o art. 8º do D. L. nº 446/85, na respectiva alínea d), que se consideram excluídos dos contratos singulares as cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes. VI – O referido advérbio “depois” é entendido na jurisprudência e na doutrina dominantes com um sentido de lugar (atrás, detrás), pelo que encontrando-se a assinatura do R. aposta na frente do documento do contrato de adesão, devem ser consideradas como excluídas as cláusulas gerais inseridas no seu verso.”

Da leitura atenta vemos que a exclusão de cláusulas pela ocorrência de uma das hipóteses acima acentua a situação de desvantagem da parte afetada. Bem, isso poderá causar em determinadas circunstâncias, um esvaziamento do próprio contrato. Ora, tem-se por justo um contrato que foi constituído por cláusulas que, uma vez retiradas (pois eivadas de vício de incorporação), retiram também a essência do contrato? Teremos dois caminhos a trilhar para a solução de tal problema. É o que veremos a seguir...

2.6. Exclusão de cláusulas e subsistência do contrato

O primeiro caminho tem a ver com a subsistência do contrato, embora excluídas algumas de suas cláusulas, por força do artigo 8º. Esta exclusão de cláusulas implica a não produção de efeitos das mesmas; são afastadas do contrato como se nunca tivessem existido.

Como não podia ser diferente, a doutrina debate-se em torno da relevância jurídica do termo exclusão de cláusulas, mais propriamente, com o alcance da expressão. Ana Filipa Morais Antunes⁴⁸ alerta que a questão remete o intérprete para a discussão em torno da autonomização da sanção da inexistência jurídica e mais, que é frequente o apelo à sanção da nulidade em decisões que aplicam o artigo 8º. Opina a autora “*uma interpretação neste sentido tem o grave óbice de não distinguir, no plano das consequências jurídicas, entre violação das regras de inclusão e das regras sobre o controlo do conteúdo contratual, previstas nos artigos 15º a 22º*”.

Jorge Morais Carvalho⁴⁹ alerta que é discutida na doutrina a questão da consequência da não comunicação das cláusulas não negociadas individualmente de acordo com os requisitos previstos nos artigos 5º e 6º da LCCG, defendendo grande parte da doutrina e jurisprudência que se trata de um caso de inexistência jurídica.

Na pesquisa jurisprudencial, encontramos algumas decisões que confirmam o entendimento pela via da inexistência jurídica. Vejamos o processo **nº 626/1998.L1-2**, do **TRL**, de 18-06-2009, “*I – A lei não comina com a nulidade as cláusulas a que se*

⁴⁸ Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Coimbra : Coimbra, 2013. pp. 184 e 185

⁴⁹ Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Almedina, 2012, pp. 101 e ss.

reporta o art. 8 do dl 446/85, de 25-10, como o faz no art. 12 do mesmo diploma com respeito às cláusulas proibidas; todavia, ao dizer que as mesmas se consideram excluídas dos contratos reputa-as de inexistentes.”

Ana Prata⁵⁰ entende que trata-se de nulidade, mas admite que devem ser consideradas inexistentes as cláusulas comunicadas após a celebração do contrato. Inocêncio Galvão Telles⁵¹ sustenta que a orientação mais plausível será a de considerar cláusulas não comunicadas como nulas. Os autores Almeida Costa/Menezes Cordeiro⁵² não se comprometem com nenhuma das sanções apenas afirmando que “*as cláusulas contratuais gerais atingidas não se incluem nos contratos singulares*”. Já Raul Ventura⁵³ entende que a falta de comunicação e de informação determina que “*tais cláusulas não são nulas, nem antes nem depois de integradas no conteúdo dos contratos singulares; simplesmente não chegam a inserir-se no contrato*”.

Posicionamo-nos no sentido de que, na LCCG, a exclusão da cláusula implica invalidade desta, não produzindo efeitos e ficando afastada do contrato, visto que o “acordo” de vontades não abrange as referidas cláusulas.

Vencida essa discussão inicial, na LCCG vigora o princípio do maior aproveitamento possível dos contratos singulares, princípio da conservação dos negócios jurídicos ou princípio da proporcionalidade entre causa e efeito⁵⁴. A regra geral é o artigo 292º do C.C. segundo o qual “*A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada*”.

Vejam os. No artigo 9º, nº 1 lemos “*os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos.*” Reforçado na mesma lei pelo artigo 13º,

⁵⁰ Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais, cit., p. 214 e 271.

⁵¹ Das condições gerais dos contratos e da Directiva Europeia sobre as cláusulas abusivas, O Direito, ano 127º, III-IV, 1995, p. 310.

⁵² Cláusulas Contratuais Gerais – anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, Almedina, Coimbra, 1986, anotação nº 1, p. 27.

⁵³ Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais, Separata da ROA, Ano 46, 1986, p. 37.

⁵⁴ Aponta Cláudio Petrini Belmonte que se a causa da invalidade respeita só a uma parte do negócio só essa parte deve ser invalidada. A Redução do Negócio Jurídico e a Protecção dos Consumidores – uma perspectiva Luso-Brasileira. Coimbra Editora, 2003.

nº 2 onde lemos que “*A manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos*”.

Como regras legais supletivas podemos mencionar a matéria de lugar da prestação, de prazo e de imputação do cumprimento – artigos 772º e seguintes do Código Civil.

A LCCG reforça, em seu artigo 9º, nº 1, a possibilidade de manutenção do contrato embora excluídas algumas de suas cláusulas, remetendo para as regras gerais de integração do negócio jurídico, previstas no artigo 239º do código civil. A leitura que fazemos é que, na LCCG não está apenas em jogo a conservação do negócio jurídico. Pretende-se ir além e proteger-se o aderente que normalmente é a parte mais fraca. O aderente poderia ficar prejudicado caso houvesse invalidade de todo o negócio e na prática, acabaria por não invocar a exclusão da cláusula.

Ou, melhor dizendo, “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissos, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.” *Ex vi* do artigo 239º do Código Civil. São dois os critérios que o normativo art. 239º manda atender: **1) A vontade hipotética ou conjectural das partes.** Este critério faz apelo ao que as partes teriam querido se tivessem previsto os pontos omissos. Não se procura, pois, construir ou reconstruir a vontade hipotética de cada uma das partes, mas o que teria sido o consenso negocial hipotético. **2) A boa-fé.** A regra anterior da vontade hipotética das partes cede, no entanto, em termos gerais, na eventualidade de ser diferente a solução imposta pelos ditames da boa-fé.

Muito nos orienta o **processo nº 6644/04.4TJSLB.L1-2**, da Relação de Lisboa, de 29-10-2009. Vejamos: “1-A LCCG ao partir da dicotomia entre cláusulas excluídas (arts 8º e 9º), que tem por não escritas, e cláusulas nulas (arts 12º, 13º e 14º), limita-se a aproveitar as diferenças há muito reconhecidas entre a inexistência e a invalidade como valores negativos do negócio jurídico (...). 4-O regime das cláusulas excluídas e o regime das cláusulas nulas difere, logo à partida, num aspeto essencial: enquanto se a cláusula é nula o aderente pode optar ou não pela manutenção do contrato (art. 13º/1º),

quando a cláusula é excluída, o contrato, independentemente da vontade do aderente, mantém-se (artigo 9º). 5-Após essa inicial distinção, o regime para o preenchimento da lacuna negocial que resulte de exclusão de cláusula, ou da que resulte da declaração da nulidade de cláusula parece equivaler-se, no essencial: num caso e noutro, há que recorrer às regras supletivas, se houver normas supletivas aplicáveis; se as não houver, haverá que se integrar o contrato (cfr arts 9º e 13º), o que significa, como decorre do art. 239º do CC, que haverá que se recorrer à vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo (vontade conjetural ou hipotética), ou que se recorrer aos ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.⁷Já relativamente ao contrato quanto ao qual se tenha tido por nula cláusula contratual geral, se a utilização das normas supletivas, ou das normas de integração, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos, e apenas se este não for possível, o da nulidade.”

2.7. Nulidade do contrato

O segundo caminho é a própria nulidade do contrato, elencada no artigo 9º, nº 2 – o aproveitamento dos contratos singulares – não opera, porém, na eventualidade de ocorrer: 1) uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou, 2) um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé” (grifo nosso). Vemos que, apenas nos casos em que a subsistência do contrato leve à conclusão contrária a boa-fé é que a nulidade tornar-se-á uma questão inevitável⁵⁵. A eficácia jurídica do contrato fica prejudicada pois há desrespeito grave ao princípio da boa-fé, na modalidade de equilíbrio negocial e pela justiça comutativa das prestações, ferindo o sinalagma de prestações proporcionais e razoáveis. Assim citamos o Acórdão 4557/05.1YXLSB.L1-6, da Relação de Lisboa, de 04-02-2010 “(...) III- Assim, ou se trata de cláusulas essenciais, por constitutivas da essência do contrato, ou a sua inexistência conduz a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatórias da boa-fé, caso em que ocorre a nulidade do contrato, ou se trata de cláusulas meramente acessórias, cuja exclusão permite que o contrato se mantenha na parte não afectada, vigorando na parte não afectada as normas supletivamente aplicáveis ao respectivo instituto.”

⁵⁵ CORDEIRO, A. Menezes, Tratado de Direito Civil Português, ob. cit. pp. 624

Chamo a atenção ao fato de estarmos a tratar da nulidade de cláusulas como efeito direto do incumprimento dos deveres de comunicação e/ou informação. Não nos referimos a seara da nulidade prevista nos artigos 12º e seguintes da LCCG. Segundo Ana Filipa Morais Antunes⁵⁶ sobre a exclusão das cláusulas *“o desvalor jurídico consagrado no artigo 8º não é assimilável ao correspondente às hipóteses sancionadas com a nulidade, por força do artigo 12º: no primeiro caso, as cláusulas têm de se considerar liminarmente afastadas dos contratos, não sendo admitidas a produzir quaisquer efeitos jurídicos; no segundo caso, as cláusulas têm eficácia prática até à declaração de nulidade”*.

Segundo Menezes Cordeiro o fundamento da responsabilidade pré-contratual nos casos de violação de deveres pré-contratuais de informação é o princípio da primazia da materialidade subjacente – pretendendo uma articulação de todo o ordenamento jurídico e evitar uma “atuação gravemente desequilibrada”. Mais recentemente Joaquim de Sousa Ribeiro⁵⁷ aponta o termo “economia do contrato” frequentemente utilizado pela jurisprudência portuguesa, com realce para o Supremo Tribunal de Justiça, como tópico argumentativo relevante para solução de questões atinentes à disciplina contratual. Relata o autor que a “economia do contrato” equivale a resultado idêntico ao da “via discursiva de cunho mais eticizante” chamado princípio da boa-fé. Tendo isto em conta, o autor diz que *eticização e economização* das relações contratuais são duas orientações surpreendentemente convergentes pois equivale dizer que ao ditar comportamentos ajustados ao fim do contrato e ao impedir condutas oportunistas dele desviantes a boa-fé constitui-se como um instrumento normativo de maximização da utilidade contratual e é a economia de cada contrato, o sentido finalístico do arranjo de interesses a que as partes chegaram. Completa o autor⁵⁸: “veja-se o caso paradigmático das cláusulas em contratos de adesão. Quando uma cláusula restringe ou suprime um efeito do contrato cuja produção o aderente pode legitimamente esperar, por corresponder à imagem comum do tipo contratual em causa, exige-se, no mínimo, que a contraparte utilize processos comunicativos dessa cláusula idóneos a garantir que ela não passe despercebida ao interessado. De outro modo, a estipulação constituirá para o aderente, uma cláusula surpreendente, com a consequência de não ingressar no conteúdo

⁵⁶ ob. cit., p. 185.

⁵⁷ “Economia do Contrato”, Autonomia Privada e Boa-fé. In Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV, Coimbra Editora, 2010, pp. 969.

⁵⁸ ob. cit., p. 975.

vinculativo do contrato (como dispõe a alínea C) do art. 8.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro).”

Aproveitando a linha de Sousa Ribeiro, já vimos outrossim que não se fica por exigência de comunicação adequada a tutela dos interesses nucleares integrados na “economia do contrato”, nas situações que existam um défice funcional da autonomia privada. A ordem jurídica circundante chama a boa-fé à colação com uma função limitativa e corretora da liberdade contratual. Estudaremos a seguir a boa-fé na LCCG.

3. CAPÍTULO III – A BOA-FÉ NA LEI DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

3.1. Noções preliminares – escalada da boa-fé na europa

Antes de adentrarmos no estudo da boa-fé na LCCG, julgamos oportuno um retrospectiva sobre a escalada da boa-fé na europa. Neste tópico realçaremos a escalada da cláusula geral boa-fé na Alemanha, Itália e França fazendo já a ressalva que não tencionamos um estudo comparado, porém melhor entenderemos o contexto e a importância em que surge na contratação com base em cláusulas contratuais gerais e justificaremos certo sentimento de familiaridade perante normas encontradas no nosso Código Civil e legislação especial em apreço o que poderá alargar a visão do jurista na interpretação de regras similares adotadas pelo legislador pátrio.

Alemanha: Várias são as cláusulas gerais que ocupam lugar de destaque no cenário jurídico alemão marcadamente em razão do §242 do BGB, onde lemos “*o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige*”. Arriscamos a chamar de “cláusula geral por excelência” a boa-fé objetiva do dispositivo que traduz-se num verdadeiro dever de correção e lealdade na interação com os interesses da outra parte, para não falar em honestidade de propósitos. Karl Larenz afirma que a aplicação da boa-fé deverá ser feita mormente as vicissitudes de cada caso concreto, tendo em conta juízos de equidade, e acrescenta que para a determinação mais ou menos precisa destes ideais jurídicos a ciência do Direito desenvolveu a doutrina do abuso do direito. Ainda no que se refere ao § 242 do BGB Larenz enuncia “El principio de la ‘buena fe’ significa que cada uno debe guardar ‘fidelidad’ a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas”. (Larenz, 1958)

Já Antunes Varela⁵⁹ acrescenta “o § 242 do BGB limita-se, de facto, a apelar para a boa-fé (*Treu und Glauben*), tal como os usos do comércio jurídico a definem, quanto à realização da prestação (*die Leistung so zu bewirken*), ao passo que a lei portuguesa,

⁵⁹ João de Matos Antunes Varela, Das obrigações em geral, 7. Ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 13.

além de obrigar a agir de acordo com os cânones da boa-fé quem quer que negocie com outrem para conclusão de um contrato (art. 227), vincula em seguida ao mesmo princípio, quer o devedor, quer o credor, não apenas no que toca à realização da prestação devida, mas em tudo quanto respeita, seja ao cumprimento da obrigação (latu sensu), seja ao próprio exercício do direito”.

Itália: A jurista brasileira Judith Martins Costa ao tratar do artigo 1.375º do Código Civil segundo o qual o contrato deve ser executado de acordo com a boa-fé destaca o Acórdão da Corte de Cassação que representou a grande modificação na interpretação deste dispositivo. A boa-fé aí mencionada passou a exprimir a boa-fé objetiva pautada pelos deveres ativos de correção, informação e lealdade, conforme deduz-se do trecho da professora: *“ora, se na execução do contrato as partes devem agir segundo a boa-fé, como expresso na cláusula geral do art. 1.375, no contrato de agência é dever fundamental do agente promover atividades para tutelar o interesse do proponente na conservação do vínculo contratual”*. Em consequência fundamentou a Corte a sua decisão no seguinte argumento: *“se o agente não age para promover a conclusão de negócios, fere o escopo do contrato. Se fere o escopo, a finalidade contratual, estão sendo violados deveres de diligência e boa-fé, o que caracteriza uma hipótese de inadimplemento contratual. Esta torna aplicável a cláusula resolutiva expressa e justifica o pedido de ressarcimento de danos operado via reconvenção.”*⁶⁰

França: também o Code Civil veio consagrar a boa-fé no seu § 3 do artigo 1.134 onde lemos que os contratos devem ser concluídos e executados de acordo com a boa-fé.

Foi no século XX que a boa-fé consagrou-se nos códigos europeus, estes de influência francesa ou alemã, e nas vertentes subjetiva e objetiva, constituindo um princípio europeu dos contratos, exceto no direito inglês que, por sua vez, mais preocupado com os valores da certeza e da segurança da contratação comercial.

O desenvolvimento tecnológico do século XX acompanhado substancialmente pelo colapso dos meios de informação e comunicação influenciou o Direito Privado.

⁶⁰ COSTA, J. M. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.s 416 a 418.

Abalado em suas premissas tradicionais onde reconhecia-se o poder da vontade do indivíduo por meio de instituto como a autonomia privada, a propriedade e o contrato, o direito permitiu uma abertura sistemática através da revisão de seus diversos institutos e assim sendo, destacamos como elementos promotores desta renovação como sendo as cláusulas gerais, aqui interessando a cláusula geral – boa-fé.

No século XXI o princípio da boa-fé vem sendo aplicado de maneira ampla, querendo com isso dizer que está presente nos domínios da formação, interpretação e execução dos contratos. Ao lado da função integrativa, corretiva e de regulação de condutas, a boa-fé exerce a função de controlo do conteúdo contratual, de juízo de validade de cláusulas singulares, de tutela de autodeterminação e da confiança do aderente, de garantia e equilíbrio de prestações, ligada intrinsecamente com equidade contratual.

A boa-fé hoje objetiva atingiu, finalmente, autonomia dogmática. Concretiza-se através de cinco institutos no código civil, que têm curiosamente origens históricas diferentes, e que, apenas na reconstrução da terceira sistemática levou a uma certa aproximação dogmática entre eles: 1- a culpa *in contrahendo*, artigo 227º/1º: aplicável na fase pré-contratual e apela ao cumprimento de deveres de informação, lealdade e segurança; 2- integração negocial, artigo 239º: do qual resulta a integração de lacunas negociais com base nos ditames da boa-fé; 3- abuso do direito, artigo 334º: rejeita o exercício desequilibrado de posições jurídicas; 4- modificação de contratos por alteração de circunstâncias, artigo 437º/1; 5- a complexidade das obrigações, artigo 762º, nº 2: impõe o cumprimento de certos deveres acessórios de boa-fé no cumprimento das obrigações garantindo a integralidade da prestação principal. A boa-fé atua como regra do exterior e que as pessoas devem observar: nalguns casos surge como corretivo de normas que possam de alguma forma contrariar o sistema e noutros surge como única norma atendível. Porém, em todos eles, a boa-fé concretiza-se em regras de atuação, de conduta, e, já agora, de proibição (ex. art. 15º da LCCG – que considera nulas cláusulas contrárias à boa-fé).

A cláusula geral “boa-fé” objetiva concretiza-se através da máxima de dois subprincípios: o princípio da materialidade subjacente e o princípio da tutela da confiança. Temos que a materialidade subjacente exprime a ideia de que o direito

procura a obtenção de resultados efetivos, não se satisfazendo com comportamentos que, embora formalmente correspondam a tais objetivos, falhem em atingi-los substancialmente. Este princípio proíbe, por exemplo, o exercício de posições jurídicas de modo desequilibrado ou o aproveitamento de uma ilegalidade cometida, pelo próprio prevaricador, de modo a prejudicar outrem.

Já o princípio da tutela da confiança “visa salvaguardar os sujeitos jurídicos contra atuações injustificadamente imprevisíveis daqueles com quem se relacionem”. Esta tutela da confiança pressupõe a verificação de diversas circunstâncias, não havendo entre elas hierarquia e funcionando mesmo na falta de alguma delas desde que a intensidade assumida por alguma delas seja de tal maneira impressiva que justifique a falta de outra: primeira, uma atuação de um sujeito de direito que crie a confiança, quer na manutenção de uma situação jurídica, quer na adoção de outra conduta; segunda, uma situação de confiança justificada do destinatário da atuação de outrem, melhor dizendo, uma convicção, por parte do destinatário da atuação em causa, na determinação do sujeito jurídico que a adotou quanto à sua atuação subsequente, bem como a presença de elementos suscetíveis de legitimar essa convicção, não apenas em abstrato mas também em concreto; terceiro, a efetivação do investimento de confiança, ou seja, o desenvolvimento de ações ou omissões, que podem não ter tradução patrimonial, na base da situação de confiança; quarto, o nexo de causalidade entre a atuação geradora de confiança e a situação de confiança, por um lado, e entre a situação de confiança e o investimento de confiança, por outro; quinto, frustração da confiança por parte do sujeito jurídico que a criou.

Esses pressupostos retros citados devem ser encarados de modo global: a não verificação de um deles será, em princípio, relevante mas pode ser superada pela maior intensidade de outro ou por outras circunstâncias pertinentes – por exemplo, em certos casos, o decurso de grandes lapsos temporais.

Podemos, ainda, encontrar a boa-fé nos princípios UNIDROIT no “Article 1.7 - (GOOD FAITH AND FAIR DEALING) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade”. Há uma série de disposições ao longo dos diferentes capítulos dos princípios que constituem uma aplicação direta ou indireta do princípio da boa-fé. São também exemplos os artigos 1.9 (2); 2.1.4 (2) (b), 2.1.15,

2.1.16, 2.1.18 e 2.1.20; 2.2.4 (2) , 2.2.5 (2), 2.2.7 e 2.2.10; 3.2.2 , 3.2.5 e 3.2.7; 4.1 (2), 4.2 (2) , 4.6 e 4.8, 5.1.2 e 5.1.3 ; 5.2.5 ; 5.3.3 e 5.3.4 , 6.1.3 , 6.1.5 , 6.1.16 (2) e 6.1.17 (1); 6.2.3 (3) (4); 7.1.2, 7.1.6 e 7.1.7, 7.2.2 (b) (c); 7.4.8 e 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 e 9.1.10 (1). Isso significa que boa-fé e negociação justa podem ser consideradas como ideias fundamentais dos Princípios. Ao afirmar, em termos gerais, que cada uma das partes deve agir de acordo com a boa-fé e negociação justa, parágrafo (1) do presente artigo 1.7, fica claro que o comportamento das partes durante a vigência do contrato, incluindo o processo de negociação, não pode gerar um desequilíbrio de posições jurídicas visto que não configuraria uma negociação justa.

Também o *Draft Common Frame of Reference* trata da boa-fé no livro I-1:103 – *Good faith and fair dealing*, e no livro II – 3:301 – *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*.

3.2. Consagração da boa-fé objetiva na LCCG

Partindo do entendimento que a cláusula geral da boa-fé remete-nos para valores de lealdade, honestidade, proteção, proporcionalidade e equilíbrio podemos então afirmar que ela visa proteger valores fundamentais do sistema jurídico, mas devido a vaguidão dos seus conceitos, dela não se retiram imediatamente normas jurídicas.

A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais reproduziu a boa-fé tal como vinha sendo entendida, realçando norma de conduta leal e honesta, ceifada de proporcionalidade e equilíbrio para proteger os valores fundamentais do sistema jurídico. Aliás como o próprio preâmbulo da Lei realça “6. *através da boa-fé, o interprete dispõe de legitimidade para a efectivação de coordenadas fundamentais do direito*”.

Entendemos que a boa-fé na fase pré-contratual, na contratação com base em ccg, resgata os deveres básicos de conduta das partes afetos a qualquer fase pré-contratual onde a liberdade contratual permite que as partes intervenientes assumam com discernimento determinadas estipulações. Dada a especificidade da diminuta liberdade de estipulação, a LCCG acolheu e reforçou a boa-fé na fase pré-contratual, impondo

encargos⁶¹ aos predisponentes, nomeadamente deveres de comunicação e informação, ora tutelando a confiança dos aderentes, ora utilizando a materialidade subjacente do sistema para fazer subsistir contratos que contenham cláusulas contratuais afastadas por inexistência jurídica.

Os predisponentes podem ver cláusulas serem excluídas dos contratos singulares, segundo o artigo 8.º. Note-se que isso ocorre sem referência direta à cláusula geral da boa-fé, porém sabemos que indiretamente ela faz-se presente, através dos deveres de conduta que tradicionalmente conhecemos, acrescidos dos encargos específicos acima estudados.

Os predisponentes podem, outrossim, ver os contratos serem declarados nulos. Aqui, devido a uma pretensa gravidade da situação (indeterminação insuprível de aspetos essenciais do contrato ou desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé) já vemos referência direta e expressa à boa-fé.

O desequilíbrio contratual entre as partes somado à limitação da liberdade de estipulação do aderente, surgem três problemas principais, que o regime específico para estes contratos tenta resolver. Referimo-nos ao desconhecimento do conteúdo das cláusulas do contrato, a insuficiente proteção dos interesses do aderente no conteúdo das cláusulas e ainda, a necessidade de mecanismos judiciais e extra judiciais adequados e fáceis de utilizar pelo aderente para reagir contra os abusos que surgem neste tipo de contratação. Para além do controle formal de inclusão ou não de cláusulas em contratos⁶², o predisponente de cláusulas deverá ter um cuidado redobrado relativamente à confeção das cláusulas, ao conteúdo do contrato que irá vincular as partes no negócio; cláusulas comunicadas e informadas que causem desequilíbrio ou vantagem excessiva para uma das partes serão nulas, tendo em vista a consagração da boa-fé objetiva no artigo 15º e 16º da LCCG. Mais uma vez lembramos que a presente

⁶¹Entendemos que os deveres que a LCCG impõe não são meramente deveres acessórios, como são normalmente os deveres de proteção e lealdade. A boa-fé objetiva plasmada no dispositivo legal ora em apreço vai mais longe: impõe mesmo encargos materiais de comunicação e informação a quem predispõe contrato com base em cláusulas contratuais gerais.

⁶²Almeno de Sá explica que este controlo tem projeção especificamente processual e opera através de um *controlo incidental*, em concretos contratos concluídos entre sujeitos determinados, no âmbito de processo individual acionado por um deles contra o outro. Clausulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, 2ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 59.

investigação assenta apenas no primeiro dos 3 problemas indicados: o desconhecimento do conteúdo das cláusulas.

O professor Bruno Miragem⁶³ quando refere-se ao desconhecimento do conteúdo das cláusulas pelo aderente utiliza a expressão “*comprometimento da qualidade do consentimento*”, vinculando o critério de abusividade ao princípio de vulnerabilidade do aderente ao contrato cuja falta de conhecimento e informação impedem o acesso às estipulações contratuais antes da sua celebração e ainda a compreensão precária dos termos contratuais, em geral redigido em linguagem técnico-jurídica ou técnico-económicas inacessíveis a um aderente normal. Esse comprometimento da qualidade do consentimento, segundo o autor, redundará numa “*abusividade formal*” na qual não se trata de abusividade dos contrato *per se*, mas a forma como a inclusão da cláusula no contrato não seguiu o encargo de informação prévia e adequada informação ao consumidor.

Devido a proteção legal dada ao aderente, o predisponente sobrevive na relação contratual e sua conduta abusiva aparentemente, de todo, é mitigada. Vejamos: deve comunicar, deve informar, deve munir-se de provas sobre o cumprimento dos encargos de comunicação e informação, cede à vontade dos aderentes em cláusulas especificamente acordadas (artigo 7.º), veremos mais à frente que o clausulado não poderá excluir a exceção de não cumprimento do contrato; regras de *ius variandi* serão aceites desde que favoreçam o aderente e ainda, não se consideram nulas cláusulas que modifiquem as regras legais de distribuição do risco em sentido favorável ao aderente⁶⁴: será que não chega, será que não deixamos a porta aberta para o abuso do direito do aderente?

Já vimos ao longo deste trabalho que a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, também concretiza-se através da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição de um encargo jurídico de comunicar e informar clara, precisa e ostensivamente sobre

⁶³In Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ª edição ver., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

⁶⁴ Não iremos abordar o tema da distribuição do risco embora tenhamos lido alguma doutrina sobre o assunto. Para maior desenvolvimento, consultar Patrícia da Guia Pereira, Cláusulas Contratuais Abusivas e Distribuição do Risco. Sub Iudice 39, Almedina, 2007, p. 91-113.

todo o alcance do conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte (concretizando-se o artigo 16º da LCCG), evidentemente, vulnerável, no tocante às informações relativas ao teor e alcance das cláusulas contratuais.

Todavia, é na fase de execução do contrato que vislumbramos um cenário que a Lei especial não previu e, por isso mesmo, não o mencionou: o exercício inadmissível de posição jurídica pelo protegido/vulnerável aderente. Qual então o remédio jurídico para curar esse problema? Indubitavelmente, teremos que nos utilizar da Lei geral civil, artigo 334º, não obstante, o 227º não fique afastado. Assim, o princípio da transparência tão apregoado por Sousa Ribeiro, juntamente com os deveres de comunicação e informação, recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais elencam direitos e deveres das partes, e permitem deste modo, o exercício da autonomia privada, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

A articulação entre os deveres de comunicação e informação e o princípio da boa-fé se dirige a breves considerações que se seguem no capítulo seguinte, ainda que com o óbvio intento de restringir nossa análise aos aspetos que evidenciem conexão com a hipótese sobre que incidem os acórdãos que citaremos.

3.3. Artigos 15.º e 16.º

Começamos neste tópico por esclarecer que os artigos 15.º e 16.º referem-se a controlo de conteúdo das cláusulas contratuais, fora, portanto, do âmbito da nossa investigação. Ainda assim, traçaremos uma brevíssima análise para assim justificarmos a diferença sobre o objeto do nosso estudo.

O artigo 15.º proíbe cláusulas cujo conteúdo seja contrário à boa-fé. Não se trata de sabermos que determinado predisponente tem conhecimento ou não de situação específica do aderente (boa-fé subjetiva). O que se quer é que determinada cláusula predisposta não seja contrária aos valores de justiça e equidade que o sistema preserva, assim sendo, boa-fé objetiva. Citamos como exemplo um Acórdão do STJ, processo 2334/10.7TBGDM.P1.S1, de 18/09/2014, onde lemos “*Pretender ainda, como pretende a seguradora, fazer depender a verificação do estado de invalidez permanente e*

definitiva, em consequência de doença, não só da incapacidade definitiva de exercer qualquer profissão, mas também da necessidade de recorrer, de modo contínuo, à assistência de uma terceira pessoa para efectuar os actos normais da vida diária, mais não é do que um artifício pelo qual a seguradora, predisponente da cláusula, intenta sub – reptícia e encapotadamente restringir de modo drástico o alcance da cobertura do seguro, como se considerou no acórdão recorrido... tal cláusula é abusiva e, consequentemente, proibida.”

Ao par do que já estudamos até agora, surge-nos uma dúvida inquietante: se a boa-fé objetiva impõe comportamentos ou regras de condutas, o que se pretende avaliar com a leitura destes artigos é um controle de comportamento do predisponente ou controlo de conteúdo das cláusulas predispostas ? Parece-nos que a resposta não pode confirmar o controlo de comportamento do predisponente....e isto justifica-se após uma leitura sumária das listas de cláusulas proibidas consagradas no DL 446/85 em seus artigos 18.º, 19.º, 21.º, 22.º e tendo em conta o seguinte raciocínio: Ora bem, o controlo de comportamento do predisponente poderia ser feito em dois momentos distintos: 1º - na altura da formação do contrato; 2- no exercício dos direitos resultantes dos contratos.

No momento descrito como 1, estamos no âmbito da culpa *in contrahendo* (artigo 227.º CC) o que equivale dizer que comportamento contrário à boa-fé gera obrigação de indemnizar (quando culposos) e não afeta a validade das cláusulas do contrato. Fica então assente a ideia de que responsabilidade pré-contratual não se apresenta como suficiente ou adequada para controlo de conteúdo de cláusulas contratuais. Serve o que acabamos de expor para justificar a importância do controle de inclusão das cláusulas contratuais através da comunicação e informação reequilibrando a autonomia privada e tentando tornar possível a liberdade de celebração. Já no momento 2, o exercício dos direitos concedidos por uma cláusula abusiva resultaria num comportamento contrário à boa-fé e aqui também poderíamos utilizar os preceitos 334.º e 762.º, nº 2 do CC desde que houvesse um efetivo exercício do direito conferido por uma cláusula abusiva, o que redundaria, nalguns casos, numa proteção idêntica à oferecida pelo controlo de conteúdo. Ainda assim questionamos: mas se os preceitos retro-citados do CC pressupõem o exercício de um direito existente validamente constituído, como usá-los para controle de cláusula abusiva uma vez que é nula ao abrigo do artigo 12.º do DL 446/85, está inquinada na sua validade? Nenhum direito pode nascer dela...

Encontramos na doutrina clássica posições contrárias à utilização da boa-fé como critério para controlo de conteúdo de cláusulas contratuais. Joaquim de Sousa Ribeiro⁶⁵ diz que a boa-fé no âmbito da LCCG desempenha um papel que não corresponde à sua função originária de fundar deveres de conduta das partes. Já o professor Oliveira Ascensão⁶⁶ afirma veementemente “*uma cláusula geral vastíssima, de conteúdo indefinido, não só não esclarece nada como distorce a perspectiva do tema. Nada esclarece sobre a desproporção ou grau de desproporção, que deve existir para que a situação se torne juridicamente intolerável.*” Perguntamo-nos, ao par das expressões normativas clássicas da boa-fé que tendem a prescrever normas de conduta, qual deverá ser o conceito deste princípio que permita fazer um controlo de conteúdo de cláusulas? Levamos em conta o raciocínio de Menezes Cordeiro⁶⁷ que nos adverte para termos em conta o antecedente histórico da boa-fé – fides romana – que foi instrumento privilegiado para flexibilização do Direito Romano. O método para encontrarmos a resposta passa por interpretar a lei, entender o seu espírito, o sistema em que se integra, claro, sem perder de vista a Directiva comunitária sobre a matéria.

3.4. Cláusulas abusivas

A Directiva sobre cláusulas abusivas 93/13/CEE (artigo 3º, n. 1) e o preâmbulo da LCCG nos mostram que será abusiva a cláusula que apesar “da exigência da boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor entre os direitos e obrigações das partes.” Da leitura dos artigos 18.º, 19.º, 21.º e 22.º concluímos que o elo entre eles é sem duvida não permitir um desequilíbrio de interesses em desfavor ou em prejuízo do aderente, não discordando também de Miguel Gorjão-Henriques⁶⁸ que também aponta esta característica inclusive, diz o autor, interpretação conforme o direito comunitário. Quando é então que o desequilíbrio de interesses viola a boa-fé? Responde a esta e outras questões o advogado Marco Dias⁶⁹ afirmando “*a resposta final terá de ser dada pelo julgador do caso concreto e a jurisprudência terá de revelar um*

⁶⁵ob. cit., p. 542.

⁶⁶Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e boa-fé, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Abril de 2000, p. 586 a 588.

⁶⁷Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I, Livraria Almedina, 2ª edição, 2000, p. 224 e 225.

⁶⁸Direito Comunitário, Livraria Almedina, 2ª edição, 2003, pp. 216 e 217.

⁶⁹O Critério de Boa-fé no D.L 446/85, in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 6, 2004, pp. 437 a 452.

caminho mais seguro para concretizar o conceito.” Só a análise dos benefícios legitimamente esperados e das contrapartidas contratualizadas permite apurar o concreto alcance operativo da boa-fé, em cada relação contratual.

Há que se falar em resgate do princípio do equilíbrio das prestações apregoadado por São Tomás de Aquino e que dominou as Universidades Europeias do século XIII ao XVI? Bem, o fato é que o princípio do equilíbrio das prestações está expressamente consagrado no DL 446/85: como causa de nulidade – artigo 21º, al. c). Constitui também este princípio a concretização da boa-fé, como norma de validade, contido nas tipificações dos artigos 18º, 19º, 21º e 22º, que servem de critério de determinação do alcance do princípio da boa-fé.

Fato também notório é que o princípio do equilíbrio das prestações foi adotado pelos princípios UNIDROIT, que em seus artigos 3.10 (1), al. a) estabelece a necessidade da prova do aproveitamento injustificado da situação de dependência. Nesse sentido os princípios do UNIDROIT, crescentemente aplicados pela jurisprudência internacional arbitral, que consagram a chamada *Gross disparity*, em termos mais amplos e originais, relativamente aos direitos nacionais, permitindo que o contrato seja anulado ou alterado, nos casos em que o desequilíbrio entre as prestações é objetivamente injustificado, independentemente de condições subjetivas como experiência ou dependência económica.

Concordamos com Joaquim de Sousa Ribeiro⁷⁰ quando ensina que os contratos por adesão “reclamam é a fixação de limites à autonomia privada na conformação do seu conteúdo, restritivos da válida constituição de direitos a favor do utilizador; o que pelo menos, do ponto de vista metodológico, se distingue da determinação das condições em que o titular pode fazer valer uma posição validamente adquirida dentro desses limites.”

Sem maiores considerações, não seguiremos a trilha da boa-fé como expressa no artigo 15.º e ss da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – LCCG tendo em vista que as proibições de conteúdo destas normas traduzem uma ideia de coerência e razoabilidade

⁷⁰In *O problema do Contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Livraria Almedina, 1999, p. 544.

nos procedimentos contratuais, significam controlo de conteúdo de cláusulas, proibindo conteúdos potencialmente lesivos aos interesses do aderente.

Lembramos que nos dispusemos a investigar neste estudo os deveres pré-contratuais de comunicação e informação como reveladores da boa-fé, e seus aspetos específicos na legislação especial e a relação destes com o abuso do direito.

4. CAPÍTULO IV - DO ABUSO DO DIREITO

4.1. Evolução Histórica

Os atos emulativos (*aemulatio*) significavam no direito romano o exercício de um direito sem proveito próprio, apenas com intuito de prejudicar outros. Dada a natureza não sistematizada das fontes romanas, a proibição de atos emulativos tem-se por duvidosa, embora o fenómeno tenha sido dado como conhecido e, num ou noutro caso, combatido. Ugo Gualazzini⁷¹ comenta que durante o período intermédio, os trechos romanos relativos aos atos emulativos foram comentados e alargada sua aplicação. A necessidade de reagir à injustiça fez surgir, ainda no direito romano, a *exceptio doli generalis*, que consistia no poder legitimado a uma pessoa de paralisar a pretensão de quem pretendesse prevalecer-se de artifícios não permitidos pelo direito. A doutrina faz ainda referencia a uma “terceira via de consagração”⁷² do abuso do Direito romano – a lide temerária. Todas confluíram para o que hoje chamamos litigância de má-fé (passando por abuso do processo no período justinianeus). Importa referir que não se vislumbra conexão entre o direito romano o abuso de direito visto que o direito romano não conhecia a categoria dos direitos subjetivos e não era sistematizado.

O código *Napoleão* não referia nenhuma manifestação do abuso do direito, sequer os seus precursores atos emulativos. Coube aos tribunais franceses e, portanto, à jurisprudência, marcar a História quando em 1855 condenou o proprietário que construía no seu prédio uma chaminé inútil que servia apenas para tapar a janela de um vizinho (a chaminé falsa de Colmar). Em 1913 novamente um tribunal condenou um proprietário que erguera em seu terreno espigões de ferro dispostas apenas a perfurar balões dirigíveis construídos no prédio vizinho (espigões de ferro de Compiègne).

O primeiro ensaio de nomenclatura para o instituto que se vislumbrava surgiu por F Laurent que introduziu o termo *abus de droit*. A propósito das referidas decisões jurisprudenciais e de outras sentenças condenatórias de atuações danosas, imorais ou inúteis, a ciência jurídica francesa ficou aquém de estabelecer um compendio de regras

⁷¹In *Abuso Del Diritto* (Diritto intermedio), ED I (1957), p. 163 a 166, apud Bruno Miragem, *Abuso do Direito*, p. 89.

⁷²António Menezes Cordeiro, in *Tratado de Direito Civil V*, Parte Geral, Almedina, 2011, p. 250.

que permitissem delimitar claramente as fronteiras do exercício dos direitos subjetivos. Neste contexto, Louis Josserand apareceu apregoando que para um exercício legítimo dos direitos subjetivos, mister seria respeitar a função que justificara a atribuição.

Outro jurista que reporta a história foi Marcel Planiol e sua célebre afirmação de que “*o direito cessa onde começa o abuso*”. Continuou sua argumentação “*não pode haver uso abusivo de um direito determinado, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser simultaneamente conforme ao direito*”. Planiol chegou a chamar a expressão «uso abusivo de um direito» como uma *logomaquia*, vulgarmente conhecida como “disputa sobre palavras” ou “palavreado inútil”. Felizmente, esse entendimento não vingou.

Mais tarde, ainda em domínio civil francês, surgiu a idéia de “faute” que levou a escassez da utilização do abuso do direito, muito mais aproximando o conceito de “falta” (culpa) para domínio da responsabilidade civil.

Portanto, dentre as categorias jurídicas resultantes da organização do direito como ciência a partir do século XVII destacamos os direitos subjetivos visto que no campo de ação individual do sujeito de direitos a defender interesses próprios o entendimento dominante era “tudo aquilo que não é proibido pelo direito é permitido. Várias foram as concepções de direito subjetivo, ora enquadrando-o como poder da vontade (Windscheid), ora como interesse protegido (Jhering), ora enquanto relação de pertença-domínio (Jean Dabin). Em confronto com exercício desmedido e egoístico de direito subjetivo surgiu, em fins do século XIX, a teoria do abuso do direito.

O pioneiro em termos de legislação positiva foi o código prussiano de 1794 que regulamentando o uso da propriedade, estabeleceu que ninguém podia abusá-la a fim de lesionar ou prejudicar outro.

Já no direito alemão – com uma construção de abuso do direito diferente da francesa - na pandectística do século XIX encontramos a *exceptio doli* e a *chicana* como bases para o abuso do direito, sendo a chicana o exercício sem interesse próprio visando prejudicar terceiros. Os alemães não desenvolveram os atos emulativos. Com a aplicação pouco utilizada do BGB § 226 com epígrafe “proibição da chicana” assim

descrito “o exercício de um direito inadmissível quando só possa ter o escopo de provocar danos a outrem” a doutrina procurou justapô-lo ao § 826 “aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indenização do dano.” A solução continuou insatisfatória visto que apelava para bons costumes, sancionava o dolo, dava azo a indenizações e não a de cessar a atuação abusiva questionada. Dentre estas reticências tem relevo a aproximação entre o abuso e os bons costumes visto que influenciou vários ordenamentos jurídicos (austríaco e grego) inclusive o ordenamento português.

Arremata Menezes Cordeiro que o abuso do direito acabou por se desenvolver, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *supressio e surrectio*, inalegabilidades formais, *tu quoque* e outros, tudo reconduzido à boa-fé, com base no § 242 do código alemão. O instituto se desenvolveu perante questões concretas na periferia; veio a ser acolhido, aprofundado e disciplinado no núcleo do sistema através do recurso à boa-fé⁷³.

Refere a doutrina dois grandes gêneros quanto à configuração do abuso do direito, dos quais brotam espécies. Desde sua origem as diversas compreensões do abuso do direito tiveram vários fundamentos, inúmeras justificativas, podendo distinguir-se as teorias em *interna* e *externa*. A teoria *interna* afirma que a configuração do abuso do direito deveria ser vista de acordo com o conteúdo de cada direito, o qual seria concedido já conformado pelos limites intrínsecos ao seu exercício, que deveriam ser respeitados. As teorias *externas* sustentam-se na consideração de que o abuso advinha do desrespeito a normas jurídicas alheias ao direito subjetivo, a que o titular deveria observar, sob pena de exercê-lo de maneira abusiva. O professor Menezes Cordeiro⁷⁴ entende e propõe um entendimento diverso. Por suas palavras “os direitos subjetivos são o sistema. Fazem parte dele contribuindo estruturalmente para sua composição. As exigências do sistema nos direitos subjetivos equivale ao modo de ser dos próprios direitos em jogo.” Portanto, para ele, há uma síntese entre as orientações internas e externas que dá corpo aos próprios direitos. Continua o professor “no abuso haverá, sempre, uma consideração estrutural da liberdade básica do subjetivismo jurídico(...)

⁷³ob. cit., p. 256.

⁷⁴In Litigância de má-fé, abuso de direito de ação e culpa *in agendo*. 3ª edição aum. e atual., Almedina, 2014, p. 129.

liberdade conferida pelo sistema e portanto sempre impregnada dos seus valores básicos.”

O legislador português buscou o artigo 281º do código civil grego para incluir o abuso do direito na legislação pátria. Em 1966 Vaz Serra com a elaboração do Código Civil Português incluiu as cláusulas gerais a fim de conferir elasticidade ao diploma, confiando aos juízes a interpretação razoável quando da falta de lei. Apregoava Adriano Vaz Serra que o abuso do direito deveria ser entendido como um meio jurídico generalista contra injustiças resultantes da aplicação da lei ou do exercício de direitos, com função análoga à boa-fé no campo das obrigações, uma válvula de segurança para as normas jurídicas formalmente aplicadas pudessem ensinar⁷⁵. Vaz Serra tentou catalogar no código várias diretrizes sobre o abuso do direito contudo foi reavaliado pela comissão e reconduzido ao preceito unitário de número 297.º “o exercício de um direito, com a consciência de lesar outrem através de factos que contrariem os princípios éticos fundamentais do sistema jurídico, obriga a indenizar os danos directa ou indirectamente causados” (griso nosso), ou seja, focado sob o ângulo da responsabilidade civil, e não só, do modelo alemão passou radicalmente e ao modelo francês na sua versão subjetiva. Apenas aquando da segunda revisão ministerial tivemos o resgate do abuso de direito ditada pelos alemães, quando fomos buscar (aliás já dito antes) no código civil grego o instituto (Menezes Cordeiro explica em seu Tratado de Direito Civil I que a origem do preceito grego derivou do pensamento jurídico alemão), trocando o vocábulo “proibido” pelo “ilegítimo” e resultando na atual redação do 334º.

Em sede de jurisprudência a doutrina explica que até 1966 estávamos numa fase pré-científica, passando para uma fase exegético-pontual de 1967 a 1984. Foi em 1985 que passamos para uma fase de implantação com renovação dos magistrados e difusão da doutrina, trazendo a baila o abuso do direito como regulador do sistema⁷⁶.

Já vimos que o princípio da boa-fé encontra-se presente no direito português e no direito europeu. Vimos que a boa-fé pode ser subjetiva, servindo como critério para nortear a intenção das partes, atuando no plano da interpretação dos contratos, quando

⁷⁵Fernando Augusto Cunha de Sá. *Abuso do Direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra: Almedina, 2005, p. 128.

⁷⁶Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V. Parte Geral*. ob. cit., p. 243.

presentes ambiguidades ou incoerências. De igual forma, a boa-fé pode ser considerada sob o ponto de vista objetivo, quando é aplicada na prática negocial, facultando ao aplicador da lei, atribuir ao contrato efeitos que não foram previstos, mas que conforme a boa-fé e a natureza do contrato, dele deveriam derivar. Esta segunda aceção é a que será referida ao longo do presente trabalho de investigação. Podemos assim dizer que o instituto do abuso funciona como um segundo exame que se faz às situações jurídicas ativas. A base de sustentação do instituto do abuso do direito encontra-se no princípio da boa-fé objetiva. Já o princípio da boa-fé concretiza-se mediante os princípios da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente. Entende Menezes Cordeiro⁷⁷ que é através da boa-fé que realiza-se o instituto do abuso do direito. Por suas palavras temos que “ *dizer, no exercício dos direitos, se deve respeitar a boa-fé, equivale a exprimir a ideia de que, nesse exercício, se devem observar os vectores fundamentais do próprio sistema que atribuiu os direitos em causa*”. Nos dias de hoje entende a doutrina⁷⁸ que no abuso do direito existem limitações efetivas ao exercício posições jurídicas muito embora estas limitações so sejam determináveis no caso concreto; correspondem a exigências globais que se projetam ou podem projetar em exercícios precisos; organizam-se em função dos princípios da confiança e da primazia da materialidade subjacente; e por fim, equivalem em termos jurídico-positivos, a uma regra de conduta segunda os ditames da boa-fé. O sistema age como uma força centrípeta, da periferia para o interior dos direitos, e o desrespeito pelas exigências periféricas da azo ao abuso do direito.

Facilmente depreendemos que o abuso surge como concretização da boa-fé e no direito pátrio reside no artigo 334.º e, dentro deste artigo, na boa-fé. Mas porque esta particularização da boa-fé? Ora, já vimos que houve de fato um desenvolvimento histórico e dogmático do instituto. Com base nos ensinamentos de Menezes Cordeiro, não é correto incluímos “bons costumes” e “fim económico e social dos direitos” como fator atendível em termos de abuso do direito. Seguindo aquela corrente doutrinária, entendemos que os bons costumes remetem para regras de comportamento sexual e familiar que tradicionalmente não são descritas em direito civil ou ainda, remetem a códigos deontológicos. Já o fim económico e social do direito obriga a ponderar e melhor interpretar as normas que instituem os direitos e assim entender em que termos e

⁷⁷ ob. cit., pp. 371 e 372.

⁷⁸ António Menezes Cordeiro, In litigância de má-fé, abuso do direito (...), p. 127.

contexto se deve proceder ao exercício: exige-se um instituto autónomo já que tal interpretação faz-se sempre presente.. Partilha do mesmo entendimento Joaquim de Sousa Ribeiro⁷⁹ quando acentua “o fim social e económico do contrato representa um limite imanente e específico que cada direito pode ter, resultando o abuso imediatamente, sem necessidade de recurso a posteriores limites gerais, da incongruência do exercício com a função do instituto em que o direito se integra ou da falta de sentido que anima a sua concessão”. A atual concepção objetiva de abuso do direito prescinde da presença de dolo ou culpa para sua caracterização, em vista dos efeitos jurídicos que produz. De igual modo, já não se trata de uma categoria meramente doutrinária – criticada alias pela imprecisão vocabular e pela insegurança que provocava. Foi rececionada por muitos países através de disposições inseridas na Parte Geral dos Códigos Civis e passando a abranger uma série de situações específicas na Parte Especial (Obrigações e Família). As decisões judiciais portuguesas mostram que o abuso do direito pode ocorrer nas mais diversas áreas jurídicas. A título exemplificativo e não exaustivo, para além dos contratos civis, temos:

- nos contratos comerciais: Acórdão do STJ, **processo nº 580/11.5TBMMN.E1.S1**, de 24-02-2015, onde lemos “*I - No que respeita ao exercício dos poderes de representação da sociedade por quotas, no caso de gerência plural, o critério supletivo legal é o da representação conjunta maioritária: a sociedade só fica vinculada se, no negócio, intervier a maioria dos gerentes ou se esta maioria o ratificar.(...) V - Neste caso, a invocação da falta de poderes é ilegítima e abusiva, por exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé e pelo fim social e económico desse direito. VI - Traduz até autêntico venire contra factum proprium, uma vez que a inacção e passividade da ré e da outra gerente reflectem necessariamente implícito consentimento e aceitação da actuação daquele gerente, não sendo legítimo que, com base na aludida violação formal do contrato de sociedade, em que anuiu, a ré pretenda desvincular-se das obrigações que em seu nome foram assumidas*”.
- nas figuras próprias de direitos reais: Acórdão do STJ, **processo nº 283/2002.P2.S1**, de 24-02-2015, onde lemos “*III - Não é razoável,*

⁷⁹In O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. ob. cit., p. 509.

sobretudo no actual contexto de desenvolvimento agrário, pensar-se que a unidade agrícola familiar apenas existe quando se torna efectivamente produtiva, desprezando para efeitos de integração daquele conceito jurídico (nomeadamente para efeitos da previsão normativa do art. 1381.º, al, b) – esta normatividade tem que ser compaginada e entendida em conjunto e não fragmentariamente conforme comanda a unidade sistemática para que aponta o art. 9.º CC) – toda a fase temporal de investimentos, de preparação dos solos e de plantações efectuadas. IV - Na sua variante de exercício em desequilíbrio – desproporção grave entre o exercício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem – o abuso de direito resultará da prática de uma acção que pelas circunstâncias ultrapasse os limites razoáveis do exercício de uma direito, provocando danos a um terceiro - apresenta-se, desta forma, como um resultado do princípio da proporcionalidade conatural à própria ideia de justiça, intuída como proporção ou justa medida”.

- no direito de família: Acórdão do STJ, processo nº 381/04.7TBPVZ.P1.S1, de 11-03-2010, onde lemos “1 – Transitado em julgado o despacho saneador, na parte que julgou improcedente a excepção da caducidade do direito de investigação de paternidade da autora, que propôs a acção com 40 anos de idade, a aplicação da Lei nº 14/2004, de 1 de Abril, que alterou a redacção do art. 1817.º, nº 1 do CC, ao processo, não pode conflitar com tal passamento em julgado e com a inerente força obrigatória da decisão proferida. 2 - O singelo facto de A. ter proposto a acção de investigação de paternidade aos 40 anos de idade, tendo o pretense pai falecido no dia anterior ao da propositura da acção, não revela, só por ele, abuso de direito”.

4.2. Abuso do direito e LCCG

O abuso do direito expressa limites gerais aplicáveis não apenas nas relações jurídicas sob a incidência direta do Código Civil, senão de todo o Direito Privado. Seja nos seus microssistemas ou na legislação especial. Neste sentido, é admissível em relações jurídico-privadas regulada por lei especial quando observe o mesmo sentido objetivo-finalístico de protecção da confiança e de justiça interna comutativa, embora

não necessariamente de equivalência, como é o caso da LCCG. Existe tendencialmente uma objetivação na avaliação das condutas das partes na relação jurídica regulada pelo decreto 446/85 assim como a imposição de deveres jurídicos de modo autônomo, como efeito da boa-fé, tidos deste modo independente de qualquer referência à presença de dolo ou culpa. A rigor, demonstraremos que aproveitar-se da posição jurídica para exercício de direitos ou liberdades que em razão desta são titulares, qualquer uma das partes contratantes poderá exercer estes direitos ou liberdades de modo abusivo, não apenas o predisponente de cláusulas contratuais gerais. Daí porque, ao se falar no abuso de exercício de posições jurídicas trata-se, necessariamente, do abuso do exercício de direitos ou liberdades decorrentes desta posição jurídica, situando-se o fenômeno no âmbito da disciplina do abuso do direito.

O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais surge exatamente quando a jurisprudência sobre abuso de direito está em fase de implementação (1985 a 1990) o que permitiu não apenas habituar os operadores jurídicos a trabalhar com o instituto como também demonstrar que da sua aplicação não resultava qualquer insegurança.

O jurista Hugo Ramos Alves⁸⁰ salienta “que os perigos do abuso na autonomia privada não podem ser todos afastados por normas imperativas expressas, motivo pelo qual se faz uso de uma cláusula geral que declare nulos os negócios que entrem em conflito com os princípios fundamentais (inderrogáveis) da ordem jurídica e com os bons costumes”. Na aplicação da LCCG aos casos concretos podemos encontrar soluções violentas e injustas; elas são estabelecidas para uma generalidade de casos, mas pode acontecer que, devido às circunstâncias especiais de alguns deles, a sua aplicação a estes dê resultados chocantes com o sentimento jurídico dominante. Se esta contradição atinge elevado grau, é razoável que exista um meio de evitar as consequências da estrita aplicação da norma. O meio que, seguindo esta orientação, tem sido utilizado é o instituto do abuso do direito.

O interesse em estudar a relação do abuso do direito na fase pré-contratual em contratos celebrados com base em cláusulas contratuais gerais surgiu uma vez que a *ratio* deste diploma complementar, Decreto-Lei nº 446/85, é exatamente a manutenção

⁸⁰ Sobre o dito “paternalismo contratual”. Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. IV, Almedina, 2014.

do exercício equilibrado de posições jurídicas, máxima do instituto do Abuso de Direito. O dito do legislador – aliás com base em diretiva comunitária – não suscita qualquer dúvida; trata-se, acima de tudo, de tentar limitar a autonomia privada do contraente mais forte, de forma a tentar reequilibrar a relação contratual em causa e a evitar que a posição dominante do predisponente de cláusulas contratuais gerais redunde numa completa e total aniquilação da autonomia privada do contraente mais débil, o aderente. Contudo, vislumbramos a hipótese do aderente dito “débil” não estar imune ao exercício inadmissível de sua posição jurídica. Estudaremos os vetores pré-contratuais específicos da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e sua conexão com o abuso do direito; veremos como encargos pré-contratuais despoletam abuso do direito em fase contratual e quais os sujeitos tipicamente envolvidos.

Vislumbramos na LCCG a lição do professor Menezes Cordeiro quando ensina “*que o desequilíbrio no exercício faz apelo, consoante as circunstâncias, ora ao princípio da confiança, ora ao da primazia da materialidade subjacente. O primeiro da cobertura a actuações anormais e inesperadas*” e que aqui conjecturamos com, por exemplo, as chamadas cláusulas surpresas, artigo 8º, al. c) da LCCG. Mas continua o professor “*que o segundo reporta-se a exercícios de puro desequilíbrio objetivo*” e aqui articulamos com o artigo 9º, nº 2 da LCCG.

4.3. Da incompleição legal à pacificação do instituto

Estatui nosso código civil, em seu artigo 334º que “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”.

Já vimos ao longo deste trabalho que todos os elementos constitutivos do tipo legal foram postos em causa, assim sendo, a Ciência do Direito atualizada e experiente foi chamada a intervir rumo à pacificação do instituto. Seguimos o presente estudo sabendo que o abuso do direito é instituto típico da terceira sistemática e que deveria ser chamado de exercício disfuncional de posições jurídicas, em face da sua emblemática expressão continuar a ter uma epígrafe inadequada. Nas palavras de Menezes Cordeiro⁸¹

⁸¹ ob. cit., p. 247.

“apesar da indeterminação dos conceitos, o abuso do direito mantém uma unidade de conjunto e uma particular coesão. Não é conveniente, nem em termos dogmáticos nem, sobretudo, por prismas pedagógicos, esfacelar o instituto, dispersando, na base de considerados conceptuais, as suas diversas manifestações (...) tão-pouco é viável deduzir sistemas ou interferências na base dos elementos vocabulares contidos no artigo 334.^o”.

Hoje o abuso do direito rompeu com a compreensão vigente nas diferentes fases do seu desenvolvimento, que estudamos linhas acima. Vimos, aliás, que trata-se de uma noção construída sob enormes divergências ao longo da sua trajetória. Assumindo o posicionamento de Menezes Cordeiro no sentido de que os direitos subjetivos são o sistema ⁸², podemos entender que estes direitos subjetivos são dependentes reciprocamente, pressupõem a colaboração dos indivíduos entre si, em referencia ao direito de que são titulares e aos deveres correspondentes, tudo do que resulta conformação da ordem jurídica como um todo. Portanto, o significado do instituto não deve ser retirado da sua expressão escrita – visto que não existe direito nem existe abuso – há sim uma conduta prevista e permitida pelas normas jurídicas, embora com cariz ilícita por contrariar o sistema como um todo. Assim temos que o abuso do direito não se limita ao exercício de um direito subjetivo, pelo contrário, ele abraça todas as posições jurídicas – direitos potestativos, liberdades ou faculdades. Traduz-se numa conduta humana, omissiva ou comissiva, conforme com o sistema formal, desconforme com o sistema num todo por ferir, principalmente, a materialidade subjacente.

Do exposto, definir o que seja abuso do direito não é tarefa fácil. Porém, mais fácil se torna a compreensão do instituto a partir da sua interpretação como cláusula geral de ilicitude objetiva, cujo sentido é determinado em vista de sua finalidade como cláusula geral de proteção da confiança na vida em sociedade... *“uma forma autoconsciente gerada pela história para resolver casos concretos, e não como especulação de conceitos centrais⁸³”.*

⁸² ob. cit., p. 369.

⁸³ Expressão utilizada pela Dra. Cátia Venina Sanderson da Jornada Fortes no artigo “As semelhanças e as diferenças entre os artigos 334º do CC português e 187º do CC brasileiro”, in Revista de Direito Civil, nº 0, Almedina, 2015, p. 168.

Acrescentamos que as concretizações da doutrina sobre o instituto e sua aplicação prática ao longo de anos de história referem, pacificamente, seis tipos de atos abusivos. Podemos apontá-los numa enumeração não valorativa, são eles:

- a- *exceptio doli* que traduz-se no poder reconhecido a uma pessoa de paralisar a pretensão de certo agente quando este pretende prevaler-se de sugestões ou artifícios não permitidos pelo direito;
- b- *venire contra factum proprium* que significa uma proibição de comportamentos antagônicos quando tal contradição signifique violação de valores fundamentais do sistema;
- c- inalegabilidades formais que traduz-se na inoponibilidade de certa formalidade legal evitando nulidade de negócio jurídico sob pena de ocorrer abuso do direito;
- d- *supressio* e *surrectio* denotam impedimento de exercício de situação jurídica em função de lapso temporal, em determinadas circunstâncias;
- e- *tu quoque* significa que uma pessoa não pode violar uma norma jurídica e, sem abuso, prevalecer-se de situação daí decorrente ou impor a outrem o acatamento de situação já violada;
- f- desequilíbrio no exercício é um espectro bem alargado de situações residuais de atuações inadmissíveis contrárias à boa-fé.

Não iremos adentrar nas características fascinantes que cada modalidade apresenta, partimos do princípio que o leitor já o tenha em conhecimento.

Pacífico é o entendimento de que o abuso do direito poderá ser constatado pelo Tribunal ainda que o interessado não o tenha mencionado, dizendo assim, que é de conhecimento oficioso. Aos valores fundamentais do sistema tudo importa e justifica; observamos também um reforço da posição de árbitro (imparcial) do juiz; na eterna vigilância dos valores fundamentais do sistema, ele não fica vinculado às alegações jurídicas das partes. Parafraseando-se Jesus, o juiz consegue *dar a César o que é de César, e dar a Deus, o que é de Deus*.

Em relação as consequências jurídicas verifica-se da leitura do artigo 334º que a legislação pátria adotou a ilegitimidade enquanto cerne do instituto, motivo pelo qual,

constituiu-se uma celeuma doutrinária que se faz presente em torno dos efeitos do abuso do direito.

Para Oliveira Ascensão⁸⁴ o abuso do direito é espécie autônoma atinente ao exercício de direitos. Afirmar que a escolha pelo termo “ilegítimo”, embora não técnico, afasta a opção pelo radicalismo da qualificação como ilícito, conferindo ao aplicador a liberdade na busca da qualificação e da consequência mais fiel a cada situação de abuso do direito.

Fernando Augusto Cunha de Sá (2005) entende que a redução do abuso do direito a ato ilícito tem o grave inconveniente de esconder sua especificidade, que consiste em encobrir com aparência de direito um ato o qual se tinha o dever de natureza de não realizar.

Menezes Cordeiro (2011) entende que o termo ilegítimo não foi empregado com sentido técnico e que o legislador intentou dizer que “é ilícito” ou “não é permitido” contudo a fim de não posicionar-se em relação ao dilema de saber ainda se existe ou não direito, optou pelo termo ambíguo da ilegitimidade. Assim sendo, veremos quais consequências jurídicas são possíveis quando caracterizado o exercício disfuncional de posições jurídicas.

4.4. Efeitos do abuso do direito

Para iniciarmos o estudo sobre as consequências do abuso do direito, resgatamos o raciocínio sobre o termo “ilegítimo”. Seguindo o entendimento de Menezes Cordeiro (2011) o legislador optou pela ambiguidade do termo “ilegítimo” (que não está utilizado com rigor técnico- pretendia dizer “é ilícito” ou “não é permitido” devido, talvez, a influência do código civil grego como vimos em Capítulo anterior, seu artigo 281º continha a expressão “acto proibido”) pois não quis posicionar-se sobre o dilema de saber se existe ainda direito...e fê-lo para não se comprometer com as consequências. A verdade é que o fundamento base do abuso do direito é a contrariedade do sistema (

⁸⁴ O “abuso do direito” e o artigo 334 do código civil: uma recepção transviada. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 618.

ainda que de acordo com a lei) configurando-se um ato ilícito. Arriscamos afirmar que o grande potencial do instituto é podermos adequar as sanções para cada caso em particular, inclusive com acumulação de consequências. E é justamente contra esta flexibilização de sanções ao caso concreto que o professor Oliveira Ascensão⁸⁵ critica veementemente a construção do abuso do direito em Portugal. Cético sobre o instituto, o professor mostra-se preocupado e em desacordo com a abertura dada pelo legislador aos tribunais, entendendo ser uma porta aberta á insegurança jurídica. Por suas palavras “*E se houver abuso? Seria muito perigosa esta indeterminação das consequências jurídicas que desse ao juiz a possibilidade de livre escolha*”.

A doutrina ocupou-se de elencar que as consequências ou efeitos do abuso do direito, leia-se, o exercício disfuncional de posições jurídicas, seriam: 1- supressão do direito; 2- cessação do concreto exercício abusivo (mantendo-se, decerto, o direito); 3- dever de restituir (em espécie ou em equivalente pecuniário); 4- dever de indenizar (quando se configurarem os requisitos ou pressupostos de responsabilidade civil⁸⁶, com relevo para a culpa).

Já vimos nos capítulos anteriores que a responsabilidade civil resultante do incumprimentos dos deveres pré-contratuais nos conduz para responsabilidade civil subjetiva, que a “faute” também assim redunde e que mais recentemente, os trabalhos de Vaz Serra também conduziam os atos abusivos para responsabilidade civil. Assim parece-nos melhor começarmos a tratar dos efeitos por este ponto. A indemnização era tida como núcleo central, melhor dizendo, única consequência decorrente do abuso do direito. Na doutrina atual sobre o assunto o entendimento permanece porém com a seguinte alteração: para além dos requisitos do fato voluntário e ilícito, dano causado e nexo de causalidade entre o dano e a conduta, exige-se também a culpa do agente, traduzida em negligência, não sendo portanto de exigir dolo. Dito isto, dizemos também que entendemos o abuso do direito como figura autónoma, não é simplesmente um caso

⁸⁵In Direito Civil – Teoria Geral, Vol. III, Coimbra Editora, 2002, pp. 281 e 282.

⁸⁶O professor Menezes Cordeiro entende que os atos ilícitos por implicarem atuações proibidas ou por redundarem no não acolhimento de atitudes prescritas, são condutas humanas desconformes com o Direito. Sustenta ainda que a responsabilidade civil não deveria ter seu alicerce dogmático na prática de fatos ilícitos nem desenvolver em tais bases os seus pressupostos. Para o professor, o essencial de sua concretização se embasaria, apenas, no dano e na sua imputação. Porém e porque historicamente a responsabilidade desenvolveu-se em torno de fatos ilícitos a doutrina sobre estes funciona como grande matriz do instituto da responsabilidade civil. In Tratado de Direito Civil Português. I. Parte Geral. Tomo I. Coimbra, Almedina, 2011, p. 422.

típico de responsabilidade civil objetiva (cf. art. 483º, n.º 2 do CC) pois poderá haver conduta danosa sem ser qualificada como culposa, porém passível de controlo por abuso do direito sem contudo que daí decorra qualquer obrigação de indemnizar⁸⁷.

A supressão de um direito talvez seja a consequência mais pesada do instituto do abuso do direito e deve ser aplicada apenas quando inteiramente se justifique pois não se trata de fazer cessar um concreto exercício abusivo: o direito, poder ou faculdade são retirados da esfera jurídica daquele que exerce disfuncionalmente sua posição. Distingue-se da cessação do concreto exercício abusivo visto que neste ultimo caso, o direito continua a existir embora so possa ser exercido em moldes diferentes do que vem sendo exercido. Facilmente depreendemos que algumas figuras próprias de abuso parecem já ser denominadas pela consequência que trazem: por exemplo, no caso de preterição de forma legalmente exigida (inalegabilidades formais) o efeito será a inalegabilidade de nulidade; não será o caso do *venire*, do *tu quoque* e do desequilíbrio no exercício cujos efeitos não serão tão óbvios muito embora, na grande maioria das vezes, o resultado será a cessação do exercício abusivo em si.

⁸⁷No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, Tratado (...) V, p. 373 e 374; Jorge Manuel Coutinho de Abreu. Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Almedina, Coimbra, 1983, p. 76 e 77; Fernando Augusto Cunha de Sá, ob. cit., “*Ora que o abuso do direito seja fonte de responsabilidade civil é coisa que ninguém se lembra de pôr em dúvida, desde que no exercício abusivo se verifiquem os demais requisitos ou pressupostos do dever de indemnizar: o dolo ou a mera culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a actuação abusiva e o dano*”.

5. CAPÍTULO V – ABORDAGEM METODOLÓGICA DO ABUSO DE DIREITO NA LCCG – COMO TEM SIDO UTILIZADO PELA JURISPRUDÊNCIA?

5.1. Do abuso do direito pelo predisponente

Esta primeira fase de abordagem metodológica passa por listar um conjunto de questões pertinentes neste domínio e ver qual a resposta que a jurisprudência lhes tem dado, com o objetivo de fixar o direito efetivamente aplicado.

O problema que vislumbramos aqui é o indicado por Mário Júlio de Almeida Costa⁸⁸ quando o autor alerta que “*o acolhimento por uma norma jurídica de um modelo ideal de conduta, de um standard ou padrão ético-jurídico, mercê da sua indeterminação deliberada levanta o problema de uma contínua concreção ou concretização ou, como também se menciona, de um preenchimento com valorações.*” Ensina o autor que na tarefa concretizadora da cláusula da boa-fé, não podemos esquecer o conteúdo do referido princípio objetivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, assim como a estrutura da hipótese em causa. Constatamos que existe a partida numa contratação com base em cláusulas contratuais gerais, uma *standartização* da figura contratual do predisponente como tendencial violador da norma de conduta da boa-fé.

Em boa verdade, depreendemos que os artigos 5º, 6º e 8º estabelecem deveres pré-contratuais fundados na boa-fé. A sua violação é ilícita e, sendo culposa e causando danos, poderá exigir-se do predisponente um dever de indemnizar, melhor dizendo, poderá configurar responsabilidade pré-contratual sem que tal conflitue ou seja excluído pelo controle de inclusão que se efetua conjuntamente.

Também é verdade que o controlo material das cláusulas (que não foi objeto deste estudo) através dos dispositivos injuntivos que limitam a possibilidade de estipulação

⁸⁸ *Intervenções Fulcrais da Boa-fé nos Contratos*, In Estudos de Direito do Consumidor nº 2, Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 359.

das CCG e o controle formal, que vimos ao longo deste trabalho, diminuem a margem de abusividade pelo predisponente.

Importa realçar que não será de grande valia associar ao instituto do abuso de direito eventuais descumprimentos pelo predisponente visto que a LCCG já traz soluções próprias: exclusão de cláusulas ou nulidade do contrato – a existir descumprimento dos encargos de controlo formal de inclusão de cláusulas. Existe ilícito, sendo a ilicitude o acento tónico da conduta do predisponente quando da sua contrariedade a uma específica proibição normativa traduzida em disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Essa nota é suficiente para legitimar e até impor a autonomia do abuso do direito frente ao fenómeno ilícito. Outrossim, se o integrarmos como mais uma de tantas outras espécies de ilegalidade⁸⁹, perderia sua singular particularidade de válvula de segurança para os casos de pressão violenta da consciência jurídica da comunidade contra a rígida estrutura das normas legais... “além de o subvertermos conforme vimos acontecer na logomaquina de Planiol.”⁹⁰

Avultam os julgados no sentido de reconhecer abuso do direito dos predisponentes, porém remetem sempre para o controle material das cláusulas, conforme artigo 12º e ss da LCCG. A título de exemplo transcrevemos trecho do sumário do acórdão do STJ nº 15/10.0TJLSB.L1.S1, de 26-09-2013, “(...) V - É nula, por violação de tal princípio, a cláusula que impõe ao beneficiário do seguro a junção de elementos protegidos pelo direito à reserva da vida privada, designadamente relatório médico onde constem elementos clínicos que causaram o falecimento – sujeitos a sigilo médico e a autorização pela Comissão Nacional de Protecção de Dados –, quando em todos os contratos em que a mesma é aposta existe uma outra cláusula em que o segurado, autoriza o médico da seguradora a obtê-los.”

⁸⁹Mário Júlio de Almeida Costa distingue ilicitude e ilegalidade. Para ele a ilicitude corresponde à violação de uma norma que impõe um dever jurídico, cujo desrespeito importa uma verdadeira sanção, enquanto na ilegalidade a norma violada apenas representa um ônus jurídico, razão pela qual sua violação implica apenas em uma desvantagem: é ilícito não cumprir uma obrigação enquanto que é ilegal realizar a venda de um imóvel por escrito particular. Importa referir que adotamos a corrente que considera os deveres pré-contratuais específicos como verdadeiros encargos para os predisponentes o que, não cumprindo os ditames dos artigos 5º e 6º da LCCG, estamos diante de ilicitude.

⁹⁰Fernando Augusto Cunha de Sá, *in ob. cit.*, p. 469.

Não é inoportuno recordar a importância do artigo 227, nº 1 do CC neste domínio. Durante as fases anteriores à celebração do contrato o comportamento dos contraentes deverá pautar-se na lealdade e probidade, importantíssimo dizer que reciprocamente. Lembramos que nosso legislador sanciona, em termos gerais, a responsabilidade por culpa na formação dos contratos ou, como na literatura jurídica mais recente, responsabilidade pré-contratual ou pré-negocial. Através desta responsabilidade pré-contratual “*tutela-se directamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé*”⁹¹.

António Raposo Subtil⁹² relembra-nos que “não sendo aceitável a banalização do instituto do abuso do direito como forma de sanar invalidades do negócio jurídico, BATISTA MACHADO propõe, apresentando os casos excepcionais que justificam a cedência da nulidade perante a proibição do *venire*, o concurso dos seguintes pressupostos: a) ter a parte confiado em que adquiriu pelo negócio uma posição jurídica; b) ter essa parte, com base em tal crença, orientado a sua vida por forma a tomar posições que ora irreversíveis, pelo que a nulidade provocaria danos vultosos, agora irremovíveis através de outros meios jurídicos; e, c) poder a situação criada ser imputada à contraparte, por esta ter culposamente contribuído para a inobservância da forma exigida, ou então ter o contrato sido executado e ter-se a situação prolongado por largo período de tempo, sem que hajam surgido quaisquer dificuldades.” Note-se que a proibição do *venire* e a responsabilidade pré-contratual se sustentam através de soluções adotadas na boa-fé e ambas as situações são uma aplicação da “responsabilidade pela confiança”⁹³.

⁹¹Mário Júlio de Almeida Costa faz a seguinte ressalva “*claro que não é a propósito dos actos preparatórios de um negócio jurídico que revistam eles mesmos, em si, natureza negocial que se põe o caracterizado problema da responsabilidade na formação dos contratos. Esses chamados »negócios preliminares«, como o contrato-promessa, o acordo de princípio ou de negociação e o acordo-quadro, possuem uma força vinculativa específica*”. ob. cit, p. 365.

⁹²O Contrato e a intervenção do Juiz. VidaEconómica, 2012, p. 53.

⁹³A recondução da responsabilidade pré-contratual por violação de dever de informação à tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente não é pacífica. Manuel Carneiro da Frada entende que apesar de a qualquer informação ser inerente gerar a confiança de outrem quanto ao seu conteúdo e, nessa medida, a responsabilidade por informações ter uma proximidade privilegiada com a responsabilidade pela confiança, a culpa *in contrahendo* não se reconduz a esta proteção, pois esta abarca um campo de atuação nalguns casos sobrepostos, mas não coincidentes. Refere o autor que a responsabilidade pré-contratual por violação de dever de informação não é responsabilidade pela confiança e que a tónica deve ser colocada não na confiança causada pelas informações mas sim na *causação indevida* dessa confiança. In Teoria da confiança e responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2004, p. 454 e ss, 483.

É pacífico nosso entendimento que quando o direito que se exerce não passa de uma aparência de direito, desligado da satisfação dos interesses de que é instrumento, haverá que afastar as normas que formalmente concedem ou legitimam o poder exercido. Foi este o entendimento do TRG, processo **6718/070YYLSB-B.G1**, de 09/04/2015, onde lemos “1 – *É praticamente unânime o entendimento de que nada obsta a que o financiador/entidade bancária se socorra do instituto do abuso do direito para, através dele, paralisar os efeitos da invocação pelo consumidor da nulidade formal de um contrato de crédito ao consumo que tenha outorgado; 2. – É paradigma de abuso do direito, por exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé (art. 334.º do C.C.), a invocação, pelo “cliente” do contrato referido em 1., de vício relacionado com a não entrega de um seu exemplar, ou com a não explicação do respectivo clausulado, quando o cumpriu em mais de 50% , e, de resto, as omissões referidas em nada contribuíram para a sua desprotecção ou prejuízo enquanto cliente/consumidor, antes visa este último com tal invocação – em sede de execução - livrar-se da sua obrigação do pagamento das prestações assumidas e ainda por cumprir”*(grifo nosso). Entendeu que o consumidor agiu em *venire contra factum proprium* visto que o direito por ele exercido estava em contradição com a conduta até ali adotada – o pagamento de 33 prestações no total de 36, e o lapso temporal de 9 anos para arguir nulidade do contrato por falta de entrega de um exemplar do contrato (o que poderia configurar *supressio*). Além do mais, entendeu o tribunal que naquele caso concreto, não houve transcendência do prejuízo (entendida como prejuízo gravíssimo) para o consumidor. No mesmo sentido, também ao tratar de crédito ao consumo, processo **209/10.9TBFAF-A.G1** do TRG, de 26-06-2014 onde lemos “*Actua com abuso do direito o mutuário que, tendo celebrado um contrato de mútuo em Outubro de 2006, só em Maio de 2013, ao deduzir os seus embargos de executado, suscita, pela primeira vez, a nulidade daquele negócio por, em devido tempo, não se ter dado “cumprimento do dever de entrega do exemplar do contrato (...) art. 7.º, n.º 1, do DL. 351/91, de 21.8”, quando no entretanto o mutuante o contactou por diversas vezes tendo em vista o cumprimento das suas obrigações.*” Embora seja um caso de nulidade a não entrega de exemplar de contrato neste tipo de contrato, o Tribunal entendeu que a conduta do consumidor naquele caso concreto estava sendo clamorosamente ofensiva da justiça. No mesmo sentido, TRP, processo **9734/11.3TBVNG-A.P1**, de 11/11/2014, onde lemos “*I - Não tendo o vendedor que contratou com e executado a celebração da proposta de financiamento em apreço, data em que este a assinou, entregue ao executado uma cópia*

ou exemplar dessa proposta, foi violado o disposto no art.º 6.º n.º1 do DL 359/91, de 21.09, o que ao abrigo do que preceitua o art.º 7.º n.º1 do mesmo diploma legal, implica a nulidade do contrato. II – Age em abuso de direito na modalidade de “venire contra factum proprium” o executado/apelante que depois de ter cumprido o contrato durante quase de dois anos, e mesmo quando já em incumprimento quanto às obrigações decorrentes do contrato assumido, quando interpelado pela exequente para cumprir, nada fez, pelo que só agora (em sede de oposição à execução) vem invocar a nulidade por violação do dever de entrega de um exemplar à data da assinatura, não está a actuar como uma pessoa de bem, honestamente e com lealdade, mesmo que disso não tenha consciência.” O elo entre os três processos retro citados era a alegação de nulidade de entrega de contrato sempre que os aderentes foram executados para cumprimento de obrigações decorrentes do contrato assumido. O abuso do direito foi utilizado como solução justa e equilibrada, neutralizando o exercício de um direito que contrariava claramente os princípios da boa-fé e que salvaguardava a relação de confiança criada entre as partes no contrato.

Posicionamento diverso da Relação de Guimarães e do Porto, embora ainda no ano de 2009 - o que pode justificar um atraso temporal de entendimento em relação àqueles ou mesmo porque os fatos provados nos casos concretos são distintos (embora aparentemente apresentem similitude), adotou o STJ, **processo 2/09.1YFLSB**, de 28/09. Entendeu o STJ que não agiu em abuso de direito o aderente a um contrato de financiamento de crédito ao consumo que pede sua nulidade por não ter recebido um exemplar do mesmo no momento da celebração. O incumprimento da entrega do exemplar assinado pelos contraentes constitui nulidade atípica só invocável pelo consumidor, o que se interliga com o seu direito ao arrependimento (art. 8º, n. 1 do DL 359/91, de 21.9) que é um direito potestativo que pode ser exercido pelo aderente “*ad nutum*”, imotivadamente. Só de posse do exemplar do contrato, no momento da sua perfeição, pode o aderente inteirar-se do seu conteúdo, sopesar vantagens e desvantagens, inteirar-se da informação prestada pelo proponente e assim dissipar suas dúvidas. Nas palavras do Supremo “(...)VII) – *A pretensão do aderente não deve ser paralisada pela invocação do abuso do direito, por parte do proponente, por nas relações de consumo a regra ser a protecção do consumidor, só devendo ser desconsiderada, em casos de conduta, a todos os títulos censurável e injustificada, com grave prejuízo da contraparte, o que aqui não é evidente, sendo de acentuar que a*

actuação da Autora evidencia grosseira violação das regras da boa-fé o que conduz a considerar que a actuação do Réu não cai na alçada daquele moderador instituído.” É entendimento assente no STJ que também não é significativo, por si só, o tempo que decorre entre a celebração dos contratos e a propositura da ação: a nulidade pode ser invocada a todo tempo (naturalmente com o limite, genérico, da prescrição), nos termos do disposto no artigo 286º do Código Civil. Caso o legislador pretendesse a sanção do vício pelo decurso do tempo tê-lo-ia provavelmente sancionado com a anulabilidade, como fez para os casos previstos no n.º 2 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 359/91. Assim sendo, há de ser alegada e provada matéria de fato que permita concluir que o não exercício anterior do direito de invocar nulidade por falta de entrega oportuna de um exemplar da proposta de contrato vem acompanhado de uma atuação dos consumidores apta a, objetiva e justificadamente, criar no predisponente a confiança que a nulidade não será suscitada, tornando claramente inaceitável que, ao arrepio dessa sua atitude, a venha invocar, em violação da confiança que eles próprios criaram (cf., por exemplo, acórdãos do Supremo Tribunal de 14 de novembro de 2006; 3 de julho de 2008; 18 de dezembro de 2008 ou de 31 de março de 2009, disponíveis em www.dgsi.pt, procs. nºs **06A3441; 08B2002; 08B3154 e 09A0537**.

Tem decidido no mesmo sentido o TRL, como é exemplo o processo **85/10.1TBMJTJ-A.L1-8**, de 23/10/2014 que posiciona-se nos seguintes termos: *“Compaginando o comportamento do Banco exequente, profissional do mercado de crédito, dispondo de um sem fim de meios logísticos, marketing e publicidade, e o quadro factual em que oponente/consumidora (parte mais fraca no contexto negocial) invocou a nulidade, não exprime abuso de direito, por não ser clamorosa e chocantemente violadora das regras de boa-fé.”*

Curioso se nos apresenta o caso dos seguros de grupo⁹⁴ onde temos uma relação tripartida entre: seguradora – banco mutuante e tomador de seguro – aderente. Caberá à seguradora ou ao banco os encargos de comunicação e informação? A dúvida nos surgiu após leitura do seguinte preceito legal sobre seguro de grupo: “ *Artigo 78º Dever de informar. 1- Sem prejuízo do disposto nos artigos 18.º a 21.º, que são aplicáveis com as*

⁹⁴O contrato de seguro de grupo caracteriza-se pelo fato da sua formação se registar em dois momentos distintos: num primeiro momento, é celebrado um contrato entre a seguradora e o tomador de seguro, e, num segundo momento, concretizam-se as adesões dos membros do grupo.

necessárias adaptações, o tomador do seguro deve informar os segurados sobre as coberturas contratadas e as suas exclusões, as obrigações e os direitos em caso de sinistro, bem como sobre as alterações ao contrato, em conformidade com um espécimen elaborado pelo segurador.” (sublinhámos) Vejamos: os deveres de comunicação e informação, na íntegra, do conteúdo negocial estão previstos nos artigos 5.º e 6.º do DL 446/85 e resultam diretamente do princípio da boa-fé em fase pré-contratual consagrado no artigo 227.º do código civil, estendendo-se a todas as partes dos contratos que tenham poder de impor cláusulas negociais ao consumidor/aderente. Portanto, a fonte do dever de informação da seguradora, para além do princípio da boa-fé, é a lei – artigos 5.º e 6.º do RJCCG – em virtude de o segurado praticar um ato de adesão, limitando-se a aceitar ou a rejeitar em bloco o contrato. Este ato de adesão do segurado é uma manifestação de vontade do aderente, o que significa que, nos contratos de seguro de grupo, em que existe um ato de adesão do segurado, estamos perante um contrato individual entre cada aderente e a seguradora. Sendo assim, é aplicável o DL 446/85, de 25 de outubro, para regular as relações entre o segurado e a seguradora. O fato de o legislador ter fixado no artigo 78.º, n.º 1 do DL 72/2008 de 16/04, deveres de informação a cargo do tomador de seguro⁹⁵, não significa que tenha querido onerar exclusivamente o banco com estes deveres e exonerar a seguradora perante o aderente, dos deveres que já decorriam dos artigos 5.º e 6.º do DL 446/85, principalmente porque, na maioria dos casos, normalmente pertencem ao mesmo grupo económico-financeiro. O fato de a seguradora não ter contato direto com o aderente não a dispensa deste dever de comunicar ao segurado os requisitos e condições da obrigação de segurar. A seguradora responde assim diretamente perante o segurado pela falta de informação, sem prejuízo de poder depois acionar, no plano das relações internas, o Banco, caso demonstre que a falta de informação se ficou a dever por culpa deste. Neste contexto jurídico, verifica-se uma conexão e interligação funcional entre as várias relações jurídicas em causa, que alteram a fisionomia e estrutura da relação jurídica entre o Banco e a Seguradora, regulada em função da proteção dos interesses do aderente. Entendemos que deve existir uma ordem: primeiramente deverá o tomador de seguro

⁹⁵ A prossecução deste objetivo implica necessariamente um reforço da proteção do aderente e não a sua diminuição, pelo que não podemos considerar o DL n.º 72/2008 de 16-04 como uma lei especial que derroga o diploma que fixa o regime das cláusulas contratuais gerais, enquanto lei geral ou comum. Até porque não se pode considerar o DL 446/85 seja lei geral ou comum, sendo antes uma lei especial em relação ao regime comum dos contratos e que o derroga. Estaríamos, então, apenas perante duas leis especiais em relação ao regime geral dos contratos e cuja interpretação e aplicação deve ser harmonizada, sem que nenhuma delas afaste a outra.

estar encarregado destes deveres; caso o segurado não sinta-se satisfeito, deverá em segundo plano, pedir informações e esclarecimentos á seguradora tendo em vista que o *espécimen* foi por si elaborado. A este respeito, encontramos uma decisão do STJ, processo **841/10.0TVPRT.L1.S1**, de 09/07/2014. Após leitura atenta entendemos que o acórdão não exclui os deveres de comunicação e informação da seguradora, apenas adverte que o “primeiro grau” para prestar os esclarecimentos deverá ser o tomador de seguro: “(...)II- o dever de informação e esclarecimento do aderente a um contrato de seguro de grupo recai sobre o tomador de seguro”. Neste caso concreto, portanto, não preenche os requisitos do abuso do direito a seguradora que recusa pagamento do capital seguro enquanto a segurada não entregar um atestado médico onde se declarem as tais circunstancias, causas, início e evolução da doença ou lesão que provocaram a morte ao segurado, seu falecido marido, ainda que a segurada alegue que não conheceu do clausulado e de suas circunstancias...deveria opor-se ao tomador de seguro, preliminarmente. No mesmo sentido, processo **17/13.5TCGMR.G1.S1**, de 20/05/2015, também do STJ, onde lemos em seu sumário: “(...) IV- Não obstante, o dever de informação do tomador de seguro para com o aderente tem como base um espécimen contratual elaborado pela seguradora, sendo esta também pessoalmente responsável pelos vícios ou insuficiências do mesmo e que determinem causalmente o cumprimento deficiente do referido dever de esclarecimento, por parte do tomador do seguro, podendo assumir então a qualidade de co-autora do facto lesivo e culposo imputável à mesma. V- Impende ainda sobre a seguradora o dever de facultar, a pedido dos segurados, quaisquer informações complementares necessárias à efectiva compreensão da disciplina contratual”.

Trazemos para este estudo um Acórdão do STJ, processo **109/13.0TBMLD.P1.S1**, de 06/02/2015, relativamente ao pedido de nulidade de cláusula de uma apólice de seguro, que exclui o pagamento do capital segurado caso o sinistro seja devido a doenças psiquiátricas, de qualquer natureza, de que a pessoa segura seja titular. O curioso é que a informação sobre a exclusão da cobertura constava na informação pré-contratual, nas condições gerais e nas condições especiais, e cujo teor foi comunicado aos aderentes. O Acórdão considerou que a cláusula que exclui as doenças psiquiátricas do âmbito da cobertura da invalidez total e permanente é uma “cláusula surpresa”, por fugir à lógica contratual ditada pelos interesses que justificam a efetivação do seguro e por figurar em local pouco explícito do contrato, surgindo num

contexto em que passa despercebida a qualquer segurado, pelo que foi excluída do contrato nos termos do artigo 8.º, alínea c) da LCCG. Há nesta decisão um dado importante: porque enquadrar como cláusula surpresa (e excluí-la) uma cláusula que foi comunicada e informada, que constava nas condições como já referimos? Ora bem, a cláusula de exclusão de doença psiquiátrica estava imersa entre outras 16 cláusulas que estas sim, entre si, colhiam algum sentido, quer porque despoletadas por atuações culposas ou criadoras de risco acrescido por parte do sinistrado (ex. condução sob efeito de álcool, tentativa de suicídio) quer porque estavam ligadas a eventos com alto grau de anomalia (ex. terremoto, acidentes nucleares). No primeiro bloco de situações lesivas ou de perigosidade reporta-se a fato culposo da pessoa segura, determinante do seu desencadeamento; já o segundo bloco contende com situações objetivas em que, indistintamente, a pessoa segura se encontra num estado de sujeição, não pré-determinado, em que o evento é por si inevitável e acontece, independentemente da vontade da mesma. Sendo uma doença psiquiátrica uma situação objetiva, independentemente de culpa, ao lado das restantes, resultantes de atos culposos ou de eventos exógenos para os quais não contribuiu, introduziu uma cláusula que, do ponto de vista da racionalidade lógico-sistemática, se encontra num polo afastado da previsibilidade lógica do aderente e que por isso obstou à sua cognoscibilidade, assim sendo razoável que tenha passado despercebida a alguém colocado na posição de aderente real. Concluiu o Supremo “*que a referida restrição não passa de um artifício pelo qual a seguradora predisponente da cláusula, intenta sub-reptícia e encapotadamente restringir o alcance normal da cobertura do seguro*” para além do que surge num contexto em que qualquer aderente dificilmente poderia contar com ela, por isso, é abarcada pela alínea c) do artigo 8º. Em coerência com a *ratio* desta forma de controlo, foi excluída do contrato a cláusula surpresa que não respeitou os requisitos necessários à sua inclusão, quer ao seu conteúdo, afetando a cognoscibilidade formal ou mesmo a cognoscibilidade material do aderente real, evidenciada a falta de uma verdadeira concordância da sua parte, relativamente ao desequilíbrio regulativo nelas consagrado; resultava um prejuízo desproporcionado, rejeitado pelo princípio da boa-fé. Bastante inteligível, o Acórdão utiliza-se do princípio da boa-fé mas não enquadra a situação como abuso do direito, com o que concordamos plenamente.

Bastante incomum é a matéria trazida à baila pelo STJ, processo **3261/07.9TVLSB.L1**, de 17/06/2010 onde se discutiu, para além de outros aspetos

irrelevantes para este estudo (nomeadamente saber se as dívidas de jogo podem ser exigíveis judicialmente) sobre cláusula contratual de um jogo de fortuna e azar televisivo, lícito nos termos da “Lei do Jogo”, contrato válido gerador de obrigações jurídicas e não naturais. Após ganhar concurso, o aderente viu suspenso o pagamento do prêmio pois veio a ser descoberto que tinha parentesco com funcionário da empresa que promoveu o jogo de fortuna. Ocorre que o “acordo de participação e cedência de direitos” foi assinado às pressas pela ganhadora (aderente) 45 minutos antes do concurso, continha 25 cláusulas com 7 a 8 linhas cada uma, o que não foi sequer objeto de leitura, não tendo sido respeitados os artigos 5º e 6º da LCCG. Na fundamentação do acórdão é possível ler: *“Corroborando o entendimento que vimos acolhendo, temos o princípio da boa-fé, traduzido no comportamento que é legítimo expectar relativamente à contraparte. Quem joga em local legalmente autorizado – nomeadamente num casino – está perante uma situação de confiança perfeitamente justificada. De tal modo que o não pagamento das quantias ganhas encerrará uma absoluta surpresa para o cidadão comum, jogador ou não. Depois, o próprio acto de jogar revela o investimento nessa confiança, a qual emerge da natureza do local. Estão aqui, claramente, os requisitos da tutela da confiança apontados por Menezes Cordeiro, no tratado de Direito Civil, I, I, 237. Será mesmo até de ponderar o papel da confiança que o próprio Estado proporciona ao permitir e taxar os jogos, bem realçado no apontado Estudo dos Professores Mota Pinto, Pinto Monteiro e Calvão da Silva, pagina 30”*. Poderia existir aqui um desequilíbrio prestacional gerador de abuso do direito, nos termos do artigo 334.º do Código Civil. Note-se que a redução dogmática da boa-fé aparece aqui realçada pelo força incidental de dois pressupostos de proteção da confiança: 1 – uma justificação de confiança do aderente (confia no controlo e supervisão por parte do Estado) e 2- uma imputação da situação de confiança ao devedor da obrigação de informar (o predisponente) que por ação ou omissão, dará causa a uma legítima confiança do aderente.

No nosso entendimento, nos casos em que o predisponente não respeite os encargos pré-contratuais especificados nos artigos 5º e 6º da LCCG, não estará agindo em abuso do direito; sua conduta será ilícita e aplicaremos o disposto no artigo 8º e 9º da LCCG, para além da possibilidade de aplicarmos o artigo 227.º, n.º 1, da culpa *in contrahendo*.

5.2. Do abuso do direito pelo aderente

A fase do afinamento em que se encontra a atual jurisprudência nacional, em sede de abuso do direito⁹⁶, permite-nos visualizar acórdãos que rompem com a proteção da parte mais fraca – aderente a ccg - fazendo-nos afirmar que existe de fato um paradoxo nesta proteção. Veremos casos decididos com base em valores fundamentais do sistema jurídico embora não apoiados em grande desenvolvimento das figuras do abuso do direito. Apesar de não contabilizarem mais de três dezenas de decisões, relatam uma erupção pontual de uma problemática jamais apontada anteriormente. Resta-nos ainda dizer que as constatações sobre as quais nos debruçaremos demonstram a aprendizagem e reapreciação intrínsecas, *mutatis mutandis*, da Ciência Jurídica.

Lidaremos a seguir com matéria jurídico-científica experimentada pela jurisprudência onde não cabe abordá-la com descon siderações ou aversões. Se assim não for, corremos o risco de não avançarmos com Ciência. Talvez estejamos diante de um dos mais significativos avanços jurídicos desde 1985, data que a LCCG entrou em vigor.

Pacífico o entendimento de que o abuso de direito é uma válvula de segurança, uma de várias cláusulas gerais, de janelas, por onde podem circular lufadas de ar fresco, com que o julgador pode obtemperar à injustiça gravemente chocante e reprovável para o sentimento jurídico prevalente na comunidade social, a injustiça de proporções intoleráveis para o sentimento jurídico impetrante, em que, por particularidades ou circunstâncias especiais do caso concreto, redundaria o exercício de um direito por lei conferido.

Desde o início desta investigação uma inquietação esteve latente e, é chegada a hora de partilhá-la e colocá-la em “xeque”. Perguntamo-nos, a todo tempo, se o cuidado erigido na LCCG – no controle de inclusão - e seu efeito específico – exclusão de cláusulas/subsistência do contrato, não poderia acarretar uma situação de exercício inadmissível de posição jurídica exatamente pela parte aderente (supostamente mais fraca) a que a lei procurou proteger? Também já estudamos linhas atrás que a LCCG

⁹⁶“O abuso de direito desliga-se da ideia de direito subjetivo surgindo como uma instância geral de controlo dos exercícios jurídicos”, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V, ob. cit.*, p. 246.

reforça, em seu artigo 9º, nº 1, a possibilidade de manutenção do contrato embora excluídas algumas de suas cláusulas, remetendo para as regras gerais de integração do negócio jurídico, previstas no artigo 239º do código civil. Entendemos que na LCCG não está apenas em jogo a conservação do negócio jurídico mas pretende-se claramente ir além e proteger o aderente pois poderia ficar prejudicado caso houvesse invalidade de todo o negócio e na prática, acabaria por não invocar a exclusão da cláusula.

Contudo...

Já falamos em capítulo anterior em equilíbrio das prestações mas agora urge salientar os critérios da sua determinação. Nos contratos existem interesses opostos das partes contratantes mas a harmonização entre estes interesses constitui ponto essencial na relação jurídica contratual. Há naturalmente uma imposição ética (Sousa Ribeiro) onde é vedado a astúcia e deslealdade, com imposição da boa-fé também na execução do contrato. É justamente na execução dos contratos com recurso da cláusulas contratuais gerais que o aderente tem exercido disfuncionalmente sua posição jurídica. Verificamos que a exigência da boa-fé na realização das prestações conforme os artigos 762º, nº 2 do código civil e artigo 763º, nº 1 do código civil que consagram o princípio da pontualidade no cumprimento da obrigação ponto por ponto, não se mostram suficientes para amparar as situações que veremos a seguir.

Em recente decisão, o Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº **306/10.0TCGMR.G1**, de 04-03-2013, apreciou e decidiu (em sede de apelação) se uma seguradora deu satisfação aos deveres de comunicação e de informação inerentes a um contrato de adesão celebrado com seus clientes (aderentes A.A.) e se, pela sua eventual violação, deveria proceder o efeito previsto no art.º 8º do Regime Geral das Cláusulas Contratuais Gerais, ou seja, se devia considerar-se excluída do contrato de seguro uma determinada cláusula contratual geral. O TRG entendeu que havia abuso do direito, violando o princípio da boa-fé e exercendo de modo disfuncional a sua posição jurídica, o aderente A.A. que, tendo recebido uma nota informativa, com sentido explicativo, de cláusulas contratuais gerais nas circunstâncias da adesão, tendo-lhe sido também enviada cópia das “condições gerais, especiais e particulares” da apólice, vem, decorridos vários anos, com regular cumprimento do contrato e só depois de ser confrontado com a verificação de uma situação da vida que excluiu a cobertura, solicitar

que se considere excluída uma cláusula que integrou aquela nota e cujo teor não exige mais do que a diligência vulgar e comum da leitura para a sua compreensão.

O mais interessante neste acórdão é que a seguradora - predisponente de cláusulas contratuais gerais - não cogitou, em sua defesa, a hipótese de abuso de direito pelos aderentes: a questão foi colocada, *ex officio*, pelo Tribunal da Relação. Notificados para manifestarem-se sobre a questão nova (de abuso), os recorridos (aderentes AA) manifestaram-se mais uma vez no sentido de que a seguradora não havia cumprido o dever de informação adequada nem provou esse cumprimento e que os A.A. não agiram com abuso de direito ao pedir a exclusão da cláusula contratual determinada.

A discussão do acórdão acima era sobre a seguinte cláusula contratual:

“O seguro de vida tem início na data da escritura ou na data de aceitação por parte da Seguradora, se esta for posterior. A duração do seguro acompanha o prazo do empréstimo, no máximo até aos 70 anos de idade do Cliente. As garantias do seguro cessam nas seguintes condições: - O Cliente atingir os 70 anos; - O Cliente atingir os 65 anos para a garantia de Invalidez por Acidente (quando existe); - O Cliente atingir os 60 anos para a garantia de invalidez por Doença (quando existe); - Liquidação do capital em dívida; - Liquidação do capital por Morte ou Invalidez (quando existe).”

Ora, a Relação entendeu que qualquer pessoa de normal entendimento e formação, ao ler aquela cláusula, compreenderia que o seguro deixava de cobrir qualquer situação de invalidez total e permanente por doença a partir dos 60 anos de vida do segurado, visto que a cláusula era inteligível, coerente, lógica e perfeitamente clara; não carecia de explicação ou esclarecimento aos olhos do consumidor⁹⁷ normal. Decorreram cerca de 6 anos desde que a seguradora assumiu a garantia do pagamento do empréstimo até que se

⁹⁷Segundo Luís Lima Pinheiro “consumidor é aquele que adquire um bem ou um serviço para uma finalidade que não caia no âmbito de uma actividade económica independente. Nesta ordem de idéias, é contrato com consumidor aquele em que só uma das partes (o fornecedor de um bem ou de um serviço) actua no âmbito de uma actividade económica independente.” In Separata da ROA, Ano 61, I – Lisboa, 2001.

verificou a situação de doença determinante da invalidez do aderente, sem que este tivesse invocado qualquer vício contratual ou denunciasse o contrato, desenvolvendo uma conduta normal de cumprimento e conformação negocial, com renovação anual da apólice e pagamento dos prêmios.

Entendeu a Relação que o resultado pretendido pelo aderente estava “a meio caminho” entre o *venire contra factum proprium* e o exercício em desequilíbrio⁹⁸, pelo que houve abuso do direito por parte do aderente, cujo efeito tornava inoperante a sua pretensão de que fosse excluída a cláusula do artigo 2º, § 2º, das Condições Particulares do Contrato. Constituiria uma clara injustiça para a R. seguradora, um manifesto excesso a que obstem os princípios da boa-fé contratual e da confiança, a tutela da primazia da materialidade subjacente e a necessidade, imposta pela ordem jurídica no seu todo, de evitar o desequilíbrio no exercício dos direitos. O aderente exerceu o seu direito de modo anormal e excessivo, tentando alcançar um resultado oposto ao que uma consciência razoável poderia tolerar.

Note-se que a reação ao abuso do direito terá maioritariamente cariz judicial. O prejudicado pelo ato abusivo tem legitimidade de oposição para colocar a máquina judicial a funcionar com vista à correção da situação em desacordo com o sistema. No caso ora em apreço, a legitimidade foi do Tribunal, *ex officio*. Porque uma questão tão óbvia esta aqui a ser lembrada? Ora, se não incluirmos como um dos efeitos próprios do abuso do direito a legitimidade de oposição do prejudicado ou do Tribunal, nenhuma outra consequência resultará do exercício inadmissível de posição jurídica na medida em que, já sabemos, as consequências são determinadas no caso concreto, caso a caso. Podemos lembrar das lições sobre normas constitucionais de eficácia contida - são aquelas que, nada obstante produzam seus efeitos desde logo, independentemente de regulamentação, podem, por expressa disposição constitucional, ter sua eficácia restringida por outras normas, constitucionais ou infraconstitucionais – ou das normas de eficácia limitada - são aquelas que dependem de uma regulamentação e integração por meio de normas infraconstitucionais... e, à semelhança destas lições, afirmar que o artigo 334º espera por uma decisão judicial que lhe dê também eficácia. Daí porque retiramos deste permissivo genérico que o ordenamento oferece para a correção de

⁹⁸Na linha do professor Menezes Cordeiro que nos ensina poderá haver ponto de interseção entre as diversas figuras do abuso de direito.

condutas exercidas em contrariedade com o sistema num todo, dos valores e princípios que os informam, seu fundamento de legitimidade exatamente no correto exercício do poder de intervenção judicial para conformação do espaço de autonomia privada. A consequência da aplicação do instituto do abuso de direito neste caso foi a paralisação da eficácia do poder jurídico dos A.A e consequente reposição da situação anterior, qual seja, a legítima escusa da seguradora em não cobrir o valor do empréstimo tendo em vista, *in casu*, a garantia do seguro cessar aos 60 anos no caso de invalidez por doença.

Pensamos que um dos fatores que corroboram para que o aderente abuse da sua posição jurídica prende-se, necessariamente, em relação do dever de comunicação, com a utilização da cláusula geral “comum diligência”, prevista no artigo 5º, nº 2, *in fine*. O que será uma comum diligência? Sabemos que efetivamente, a diligência do aderente é quase nenhuma, ora por não dispor de tempo, ora por não ter conhecimentos, discernimento, enfim. Por outro lado, a maturidade do predisponente em pré-formular, preparar e aperfeiçoar os clausulados não tem nada a ver com cumprimento de dever de informação ou comunicação...o crivo destas condutas de preparação do clausulado pelo predisponente prende-se com a ratio das proibições das cláusulas abusivas, dispostas no artigo 12º e seguintes da LCCG.

Queremos concluir com isso que, a partida, o aderente não irá conhecer do clausulado através de conduta própria, ou, como nomeia a lei, através de “comum diligência”. E, como consequência disso, de uma maneira geral, haverá lugar a situações de inconformação com cláusulas e a consequente invocação de incumprimento dos deveres de comunicação e informação. Ora, se imaginarmos os contratos celebrados com comportamentos concludentes – onde a adesão é feita quase que por necessidade apenas - mais reforçamos a nossa ideia da maior probabilidade do aderente agir em abuso do direito sempre que na execução do contrato lhe apareçam percalços, pedindo em juízo, medidas que anulem cláusulas contratuais que ele não preocupou-se em, sequer, lê-las, mas as aceitou ao firmar o negócio.

Joaquim de Sousa Ribeiro⁹⁹ conclui que mesmo que o aderente não use "de comum diligência" para conhecer as ccg, adequadamente comunicadas pela contraparte, não fica inibido de invocar a sua nulidade substancial, decorrente das normas de proibição. Aquele critério de cognoscibilidade não constitui simultaneamente, como é de regra, um padrão normativo de conduta exigível, nenhuma consequência jurídica desvantajosa sofrendo o aderente pela omissão dessa diligência. Diz o autor *“Ela é referida, apenas, como bitola para aferição do cumprimento, pelo utilizador, dos requisitos de inclusão. A ele cabe propiciar à contraparte a possibilidade de conhecimento das ccg, em termos tais que esta não tenha, para o efeito, que desenvolver mais do que a comum diligência. Mas, quer essa possibilidade seja, quer não seja, aproveitada, o regime a que as cláusulas são submetidas é exactamente o mesmo, tanto no que diz respeito à sua inclusão, como à sua validade.”*

Entendemos que esta fórmula não tem, pois, um alcance prescritivo em relação ao aderente, visando antes fixar o padrão de comportamento exigível ao utilizador da ccg. Nosso questionamento é: não irá facilmente o aderente irá defraudar a legítima confiança ou expectativa da contraparte predisponente que, nos dias atuais, teve um cuidado efetivo (com base na sua máxima experiência e conclusão lógica) em não pré-formular contrato com cláusulas abusivas e comunicou atempadamente, integral e adequadamente os vetores formais e materiais do contrato, os prós e contras, com base no imperativo da transparência? Não há aqui um exercício disfuncional de uma posição jurídica que atenta contra os vetores do sistema? Entendemos que sim e a jurisprudência atual não tem apoiado aderentes como débeis e indiligentes.

Ainda que falemos em direito à ignorância (que refutamos legítimo¹⁰⁰) por parte do aderente que prefere o risco de soluções desequilibradas ao esforço de estudá-las e

⁹⁹In “O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual”, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 1999, p.372.

¹⁰⁰Explica-nos Pedro Caetano Nunes que a opção do consumidor ou não –profissional de não tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais é frequentemente racional: os custos da investigação do aderente tendem a ser elevados e o seu retorno marginal tende a ser diminuto. Isto porque a compreensão das cláusulas contratuais gerais reclama algum conhecimento jurídico e uma comparação com os regimes legais injuntivos e supletivos, aumentando os custos exponencialmente. De outro lado, as negociações tendem a ser feitas por colaboradores do predisponente que não têm autorização ou capacidade para modificarem o teor do clausulado, o que aniquila as perspectivas de retorno. Quanto mais extenso o clausulado, maior será a inibição do aderente para o efetivo conhecimento das clausulas contratuais gerais. In Comunicação de

procurar alternativas, estaremos novamente focando o conteúdo contratual, a abusividade de normas, e não o incumprimento dos deveres de comunicação e informação (com consequente não inclusão de cláusulas). Vejamos: o simples fato do aderente conhecer do clausulado e estudar as disposições ali constantes já afastaria o incumprimento, *latu senso*, por parte do predisponente, do dever de comunicação. Caberia ao aderente então solicitar os esclarecimentos necessários em caso de dúvidas fundadas. Na prática, a diligência dos “*esclarecimentos razoáveis solicitados*”, artigo 6º, nº 2º, raramente ocorre. E repito, não é pelo fato do predisponente não cumprir a comunicação, mas por razões de ordem que já citamos linhas acima.

No primeiro caso citado, a seguradora, predisponente de cláusulas contratuais gerais, havia enviado uma nota informativa sobre as condições do contrato, provou ter enviado atempadamente o mesmo (cumprindo o ônus de comunicação do artigo 5º, nº 3 da LCCG), para além do fato da própria cláusula em litígio estar disposta de maneira clara e cognoscível. Qual foi a comum diligência por parte do aderente? Ficamos, portanto, sem resposta. Ou para agradar a outros, a resposta é: nenhuma!

O que nos salta aos olhos é que os aderentes a contratos efetuados com base em ccg têm uma enorme probabilidade de invocar exclusão de cláusulas sempre que estas não lhes sejam favoráveis em determinada circunstância. Haverá abuso do direito claramente, arriscando-me inclusive a vislumbrar *venire contra factum proprium, tu quoque, supressio* e desequilíbrio no exercício. O recurso ao reconhecimento do abuso do direito poderá ser um instrumento capaz de determinar a ilegitimidade da invocação da exclusão de cláusulas ou até mesmo de nulidade do contrato.

Aliás, diferente não foi o entendimento do STJ, **processo nº 1097/04.0TBLLE.E1.S1**, de 20/10/2011, cujo sumário ora transcrevemos: “(...) Se as cláusulas gerais se encontram formalmente inseridas no verso de um contrato, após as assinaturas dos outorgantes, constando antes do local onde foram apostas as assinaturas a declaração: “Declaro(amos) que tomei(amos) conhecimento de todas as cláusulas constantes neste contrato, nomeadamente, as que constam no verso do mesmo”, o autor, que assinou o contrato, não podia razoavelmente desconhecer a declaração que assinou,

se agisse com a normal diligência. Nestas situações não terá aplicação o disposto no artigo 8.º, al. d), da LCCG. IV - Desde que idoneamente alertado para a existência das cláusulas impressas no verso do contrato, o eventual desconhecimento das mesmas só pode imputar-se ao aderente a título de descuido ou negligência V - Perante o evidente conhecimento das cláusulas pelo autor – que as leu e só depois assinou – constituiria manifesto abuso de direito, na modalidade de venire contra factum proprium, vir depois, quando ocorreu desentendimento entre as partes, peticionar-se a nulidade das cláusulas gerais que antes se aceitaram.”

Posição divergente da doutrina e jurisprudência dominante nos traz mais uma vez o professor Jorge Morais Carvalho¹⁰¹ quando analisa eventual adequação do instituto do abuso do direito no que toca à invocação de nulidade de contrato de crédito ao consumo após cerca de dois anos de cumprimento do mesmo. Segundo o autor, a orientação dominante sobre o assunto consiste essencialmente em considerar abusiva a conduta do aderente consumidor que durante um período de tempo sempre se comportou como se o contrato fosse válido e cumprido com as respetivas obrigações contratuais e posteriormente alega a nulidade do negócio invocando a falta de entrega de um exemplar do contrato. Entende o autor que essa orientação dominante não é correta. Por suas palavras *“não se nega que exista aqui uma situação em tudo idêntica aos casos-tipo de abuso de direito na modalidade de venire contra factum proprium por violação da tutela da confiança onde o cumprimento reiterado por parte do consumidor, e em que se verifica um investimento, por parte do financiador, através de condições para a receção dos pagamentos, nessa situação de confiança. Contudo, essa análise afigura-se incompleta para aferir a existência de uma situação em que se justifique a aplicação do instituto do abuso do direito, pois não inclui um elemento fundamental para aferir se a posição de quem confia merece realmente a tutela que este instituto lhe pode conferir: a verificação da sua própria boa-fé”*. Nós concordamos com o autor mas não com a justificativa por ele apresentada visto que a verificação da boa-fé do predisponente que, neste caso, não entregou um exemplar do contrato, não deveria ser chamada à tona. Neste caso específico há um ilícito, um descumprimento de dever legalmente exigido¹⁰²,

¹⁰¹ ob. cit., p. 50.

¹⁰² A este respeito importa transcrever o art. 7º, nºs 1 e 4, do DL nº 359/91, de 21/9 visto que foi a fundamentação para o entendimento do autor: “1. O contrato de crédito é nulo quando não for observado o prescrito no n. 1 (que prescreve o dever de entrega ao consumidor de um exemplar do contrato) ou quando faltar algum dos elementos referidos nas alíneas a), c) e d) do n. 2, nas alíneas

não aproveitando aqui o uso do instituto do abuso do direito. Já dissemos reiteradas vezes que o abuso do direito não se funda a justificar descumprimento de dever legal; quem descumpre a lei comete ato ilícito, aplicando o 227º como remédio jurídico, entre outros que possam caber no caso concreto. Assim, a referencia a uma presunção de imputabilidade de um resultado à atuação de um sujeito remete-nos para a ideia de culpa, fora do âmbito criminal, configurando a violação de um dever de cuidado juridicamente exigível. Lembramos que no direito lusófono, há uma profunda e significativa modificação no regime da ilicitude, importando numa feição a ser dada ao exercício disfuncional de posições jurídicas o qual não se faz necessária a ocorrência de um evento danoso, muito menos o elemento subjetivo da conduta.

Outro fator que entendemos corroborar com a atitude tendencialmente abusiva do aderente liga-se com o ónus da prova. De acordo com o entendimento jurisprudencial dominante impende sobre o demandante (aderente) que pretende a exclusão de uma cláusula contratual geral, nos termos do art.º 8.º, alíneas. a) e b), do DL n.º 446/85, de 25/10, o ónus de alegação da falta de comunicação e informação, recaindo depois sobre o predisponente o ónus de provar ter cumprido esses deveres por força do n. 3 do art. 5.º da LCCG. Como vimos no capítulo sobre cláusulas contratuais, o aderente apenas tem que alegar o incumprimento dos encargos pelo predisponente, tendo apenas que provar que o contrato em causa reveste natureza de contrato de adesão, cf. artigo 1.º do DL 446/85 e STJ processo 06A2978, de 24/10/2006. Felizmente a jurisprudência recente tem-se mantido alerta quando a este detalhe. Tomemos por base decisão do STJ, no processo **933/07.3TBILH.C1.S1, de 29/05/2014**. Um aderente vem pedir em sede de contrato de seguro, nulidade de cláusula contratual que fazia depender a morte ou incapacidade para o trabalho para amortização de valor em dívida. Sustenta o aderente que releva o facto de “não resultar provado (como era seu ónus – artigo 5º nº 3 do DL 446/85) que o predisponente tenha comunicado ou explicado a cláusula de que agora invoca para se escusar à sua responsabilidade, após ter sofrido acidente de trabalho e ficado incapacitado em 33% para o trabalho. O Supremo entendeu que contrato não

a) a e) do n.º 3 e no n.º 4 do artigo anterior (...) 4. A inobservância dos requisitos constantes do artigo anterior presume-se imputável ao credor e a invalidade do contrato só pode ser invocada pelo consumidor”. Importa ainda referir que este diploma legal já não está em vigor, foi revogado pelo DL 133/2009, de 2/6, que também passou a regular os contratos de crédito ao consumo, porém este atual diploma legal contém disposições em tudo semelhantes ao anterior pelo que as questões aqui abordadas continuam a manter a sua atualidade. Ex vi artigo 13º, nºs 1 e 5.

permitia a subsistência das dúvidas que os recorrentes sustentavam dele emergirem para um destinatário de boa-fé. Na verdade, a ser de outro modo teríamos de concluir que qualquer incapacidade para o trabalho, por mais pequena que fosse, despoletaria o pagamento da indemnização, o que não é razoável admitir. A incapacidade não é total, mas apenas para o trabalho que o aderente vinha desempenhando; não está afastada a possibilidade de exercício de outra atividade. Foi dado como provado que “os recorrentes na data da subscrição da proposta foram informados que em caso de morte ou de incapacidade para o trabalho de qualquer um deles a seguradora amortizaria a totalidade do montante que se encontrasse em dívida ao Banco e que foi por estarem convictos disso que os Autores aceitaram contratar nos termos constantes da apólice (al. D) da matéria assente e quesito 2º da Base Instrutória”, tal facto torna irrelevante o ónus da prova que só funcionaria em caso de non liquet da prova cabendo nesse caso à Ré o ónus de a conseguir.(sublinhámos). Para além do que, apenas uma grave distorção lesiva dos princípios da boa-fé e lisura contratuais gera a nulidade do contrato nos termos do artigo 9º, n. 2 do RJCCG. Assim também decidiu o STJ, **processo 07A1337**, de 24/05/2007.

Relativamente a palavra disposta no artigo 6º, nº 2, *in fine* “solicitados” se entendermos que ela pressupõe uma atividade/ação/diligência do aderente, este já teria que, efetivamente, provar sua habilidade e atenção. Em outras palavras, teria que provar a solicitação de “*esclarecimentos razoáveis*” e que estes lhes foram prestados de maneira deficiente, violando o encargo de informação. Corrobora com esta suposição o Acórdão do STJ, nº **2963/07.6TVLSB.L1.S1**, de 20-01-2010, onde temos em sumário “*A prestação de esclarecimentos pressupõe uma iniciativa do aderente nesse sentido*”. Portanto, se o aderente não solicita esclarecimentos razoáveis conforme prevê o artigo 6º, nº 2 e depois vem invocar incumprimento do dever de informação, não estaria ele a descumprir uma norma jurídica e tentando prevalecer-se da situação daí decorrente (*tu quoque*)? Assim, o aderente que descumpra ou desequilibre num momento prévio a regulação material expressa do seu direito subjetivo, não pode depois pretender, como nada houvesse acontecido, exercer a posição que a ordem jurídica lhe atribui. Uma vez distorcido o equilíbrio de base, sofre as consequências: a nova situação criada altera a configuração da posição jurídica do aderente visto que apenas formalmente tudo parece

idêntico. Contudo, a materialidade subjacente ao caso já é outra. Menezes Cordeiro¹⁰³ já alertava para a importância da concretização da boa-fé através do tu quoque. Por suas palavras afirma “*que seu papel está firme, no domínio da autonomia privada, mormente através do regime relativo às cláusulas contratuais gerais e da tutela do consumidor.*”

Mais facilmente afigura-nos o abuso do direito pelo aderente, com invocação da violação dos deveres de comunicação e informação, no caso seguinte. O Tribunal da Relação do Porto, processo nº **335854/10.4YIPRT.P1**, de 12-12-2011, decidiu “*I - O exercício do direito de invocação da nulidade do contrato, perante o passado negocial e contratual da Ré, em termos de normalidade, no sentido de criar no apelante a expectativa de que o contrato seria válido, e iria ser cumprido, recebendo as prestações em causa, como outrora acontecera com sete outros contratos celebrados, configura um excesso manifesto de abuso, de ofensa à confiança gerada. E, na verdade nenhum facto permite concluir que o apelante – confiante, não tenha confiado nessa não invocação. II - Neste quadro, consideramos que a nulidade do contrato por invalidade das suas cláusulas não explicadas ou informadas, é ininvocável pela Ré.*”

Aduziu a aderente a nulidade do contrato porquanto “o clausulado do contrato não foi com ela negociado, não lhe foi comunicado nem explicitado, sendo ele ininteligível, que apenas procedeu à assinatura do mesmo”. Tal alegação constitui manifesto abuso do direito, nos termos do artigo 334º do CC, pois que, resulta da factualidade provada que a aderente outorgou com o predisponente, entre 22/09/2005 e 17/08/2007, outros sete contratos de natureza semelhante, que pagou integralmente. Atenta a experiência negocial da aderente neste tipo de contratos, a invocação da falta de cumprimento de tal dever é, assim, contraditório, com a sua prática anterior, - um *venire contra factum proprium*, o que confronta com o princípio da tutela da confiança.

Também na Relação de Coimbra, encontramos acórdão nº **340/09.3TBSRE.C1**, de 11-01-2011, cuja questão suscitada em recurso foi a de saber se a invocação de nulidade das cláusulas contratuais por parte de aderente constituía abuso do direito. O TRC decidiu que a invocação de falta de comunicação das cláusulas contratuais seria abusiva se tivesse havido uma conduta do aderente apta a, objetiva e justificadamente,

¹⁰³Tratado de Direito Civil V, pp. 336 a 339.

criar no que elabora as cláusulas contratuais gerais, a confiança de que a falta de comunicação não seria suscitada, agindo com abuso de direito o aderente-mutuário que, na contestação, invocou a nulidade e a ineficácia das cláusulas contratuais do mútuo bancário, por falta de comunicação das cláusulas gerais, depois de ter visto financiada a aquisição de um veículo automóvel, de o ter utilizado na sua vida corrente desde a data da celebração do contrato e de ter pago, durante cerca de 2 anos, 21 das 72 prestações da dívida. (grifo nosso)

Coincide esta decisão com outros julgados, nomeadamente, do Tribunal da Relação de Lisboa, **processo nº 4307/2007-6**, de 28-06-2007, onde se lê “*A invocação da nulidade do contrato por falta de entrega de um exemplar, ao fim de quatro anos de vigência do contrato, encontrando-se pagas 31 das 48 prestações acordadas, quando se foi chamado a honrar o compromisso assumido, constitui abuso de direito (art. 334º do Cód. Civil) e é, portanto, ilegítima*” e outro do Tribunal da Relação do Porto, **processo nº 1179/08.9TBPFR**, de 16-12-2009, onde também podemos ler “*Abusa de direito o mutuário-consumidor que invoca a nulidade de um contrato de adesão celebrado com uma entidade financeira por não lhe ter sido entregue um exemplar do contrato no momento da respectiva assinatura, quando, na realidade, sobre a data do negócio decorreu um período de tempo que lhe permitiu fazer, e fez, o pagamento de 20 das 60 prestações mensais fixadas para o integral cumprimento do contrato.*”

De fato, o aderente tem o direito subjetivo de deflagrar em juízo a não observância dos encargos pré-contratuais de que a outra parte estava obrigada a cumprir. Não é de pensar que por a lei específica não dispor de regra positiva de limitação ao exercício dos direitos subjetivos (poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica) estaria fadada a assistir a abusos (para além do 227º do CC que aplica-se sempre que cabível). Muito menos, no caso específico de um aderente que utiliza-se de um determinado direito subjetivo sem que haja norma expressa dando conta dos estritos limites deste exercício. Seria absurdo qualquer afirmação neste sentido, até porque esta investigação parte da premissa de que o ordenamento jurídico deve oferecer ao intérprete e ao aplicador da lei instrumentos de adequação do direito posto aos fins do Direito, de acordo aliás com a ideia Kantiana de convivência do arbítrio de uns com o arbítrio de outros, buscando sempre a concretização da justiça.

Só mesmo o desenvolvimento da ciência jurídica poderia sanar os abusos dos aderentes, como tem sido relatado nesta investigação. O elemento renovador do direito privado tem sido, sem dúvida alguma em afirmar, a cláusula geral boa-fé, concretizada através do abuso do direito, permitindo a entrada de fatores não previstos pela norma que são relevantes para a formação do sentido e significado da sua aplicação.

A materialidade subjacente aparece aqui como “redução dogmática” da boa-fé: este princípio estabelece a obrigação de avaliar a conduta das partes, descortinando o exercício disfuncional do aderente, quando busca preencher certos valores promovidos pela própria ordem jurídica: *idoneidade valorativa* – não admitindo que o sujeito utilize seu ilícito para tirar partido contra outrem; respeita-se também o *equilíbrio no exercício das posições jurídicas*, proibindo-se condutas gratuitamente danosas para terceiro e, a nosso ver a que mais se aplica aos casos aqui relatados, a atuação que propicie situações de grande desequilíbrio contratual (através de afastamento de cláusulas por via da inexistência jurídica ou nulidade de contratos por falsas alegações de não comunicação ou não informação) .

5.3. Prova dos fatos como fator determinante para a caracterização de abuso do direito do aderente

Depois de tudo o acima exposto cabe-nos esclarecer que quando estamos perante um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, um *factum proprium* que foi praticado num contexto de reduzida de liberdade negocial e de falta de informação (na maioria dos casos) poderá ser sim contraditado, sem que tal signifique necessariamente violação da boa-fé ou da confiança da outra parte. Com efeito, não estamos a deitar por terra todo o avanço legal e doutrinário sobre a inegável situação de fragilidade dos aderentes por não poderem influenciar no conteúdo das cláusulas.

Certamente, não será na generalidade dos casos cujo aderente desconheça ou conheça mal o conteúdo de uma das cláusulas que taxaremos como abusivo ou contraditória a sua conduta, se, quando confrontado com uma certa cláusula, invoque a violação do dever de informação. E assim foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, **processo nº 07A3048**, de 30-10-2007, quando decidiu “VI) *Quanto à ponderação de abuso do direito por parte do consumidor que invoca vícios do contrato,*

após o início da sua execução, o Tribunal deve actuar com particular prudência, já que, na relação de financiamento à aquisição de bens de consumo, é patente a desigualdade de meios entre o fornecedor dos bens ou serviços e o consumidor, sendo de equacionar se, ao actuar como actuou, a entidade financiadora da aquisição, prevalecendo-se de superioridade negocial em relação a quem recorreu ao crédito, não infringiu ela mesmo, em termos censuráveis, os deveres cooperação, de lealdade, e informação, em suma os princípios da boa-fé. VII) Se assim tiver acontecido não deve ser paralisado o direito do consumidor.” Decisões como esta são emblemáticas para a eterna sindicância do sistema!

O nó górdio da caracterização do exercício inadmissível da posição jurídica do aderente prende-se, sem sombra de dúvidas, com a prova efetiva do cumprimento dos encargos de comunicação e informação pelo predisponente.

A exemplo do que acabamos de afirmar, encontramos um julgado do Tribunal da Relação de Guimarães, **processo nº 3874/11.6TBVCT.G1**, de 13-03-2014, onde lemos *“E o certo é que o Banco Autor (predisponente) não cumpriu com este ónus. Com efeito, do facto (provado) de ele “estar à disposição dos réus para lhes prestar esclarecimentos e informações, quer anteriormente a estes terem subscrito os contratos, como posteriormente, designadamente através da linha de apoio ao cliente (alínea qq) da facticidade acima transcrita) não se pode inferir, nem por aproximação, que o Banco Autor tenha cumprido o seu dever de informação, chamando a atenção dos Apelantes para aquela cláusula (a que lhes é mais desfavorável de todas as que compõem cada um dos contratos) e explicando-a e concretizando-lhes as despesas e o montante da comissão que considerava estarem ali previstas. E porque a iniciativa da informação tinha de ser do Banco Autor, é inócuo o facto de os Apelantes lhe não terem solicitado “qualquer informação ou esclarecimento, antes da aposição das assinaturas nos contratos ou posteriormente”.* De fato, estar a disposição para prestar esclarecimentos e informações, como já afirmamos linhas acima, não se prende com dever de comunicação. O banco devia ter comunicado a cláusula em querela, devia ter provado em juízo a comunicação eficaz e suficiente para poder rebater que os aderentes não solicitaram esclarecimentos razoáveis. So assim poderia não ter sido considerado inócuo o fato de os aderentes manterem-se inertes, não solicitando esclarecimentos e informações.

Jorge Morais Carvalho e Micael Teixeira¹⁰⁴, em comentário sobre um caso de nulidade de contrato de financiamento por falta de entrega de um exemplar de contrato, entendem que é possível e aconselhável aplicar a chamada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, utilizada, aliás, nos ordenamentos jurídicos da Argentina, Brasil e Espanha. Consiste na atribuição do ónus da prova à parte que apresente maior facilidade em produzir a prova em relação à contraparte. Justifica-se esta teoria dado que, desta maneira, estimula-se a efetiva produção da prova e sucessiva verdade material, onerando a parte com maior facilidade probatória, bem como se certa igualdade material entre os contraentes, dando a ambas oportunidade de fazerem valer em juízo as posições em pé de igualdade. Dizem os autores *“isto porque a parte com maior facilidade probatória pode efetivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, pode sempre beneficiar de uma decisão de ónus da prova, caso a outra parte não consiga realizar a prova, entre outras vantagens”*. Na prática, e nesta hipótese de estar em causa a entrega ou não de um exemplar de contrato (dando cumprimento ao encargo de comunicação) quem terá maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita será o aderente (demonstrando a não entrega) ou o predisponente (demonstrando a entrega)? Salta-nos aos olhos que seria mais fácil provar a versão positiva do que a negativa. De fato, o predisponente poderá demonstrar a entrega do exemplar de várias formas, a mais simples seria obter do aderente uma declaração de que recebeu um exemplar do contrato, devendo o aderente assinar o documento e o predisponente guardá-lo, não esquecendo outrossim de se assegurar que o aderente teve um efetivo conhecimento de que estava a subscrever aquela declaração, de forma clara que o aderente foi comunicado e esclarecido o seu conteúdo. Ainda dentro deste cenário, as eventuais provas que o aderente pudesse apresentar para demonstrar que não lhe fora entregue um exemplar do contrato mostram-se exponencialmente mais difíceis de conceber...visto ser efetivamente pouco provável que o aderente consiga obter do predisponente uma declaração que ateste a não entrega do exemplar. Como então podemos defender a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova na ausência de uma consagração legal expressa? Jorge Morais Carvalho¹⁰⁵ responde à questão *“na realidade esta forma de*

¹⁰⁴Crédito ao Consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar nulidade – Ac. do TRP de 14.11.2011, Proc.º 13721/05, anotado por Jorge Morais Carvalho e Micael Teixeira. In Cadernos de Direito Privado, nº 42, Abril/Junho 2013, p. 47.

¹⁰⁵ob. cit., p. 49.

distribuir o ónus probandi corresponde à teleologia que justifica o sentido de várias normas que atribuem, de forma casuística, o ónus da prova à parte que, nesses casos particulares, apresentam maior facilidade probatória (...) art. 5º, nº 3 do DL 446/85”. Verdadeiramente o predisponente por controlar a forma como apresenta o conteúdo contratual ao aderente, está numa posição de privilégio no sentido de demonstrar o modo como informou sobre aquele conteúdo, bem como de poder reunir as provas reveladoras desse aspeto, por exemplo, assegurando que havia mais de uma pessoa presente nesse ato. Temos conhecimento que no Distrito de Lisboa, uma rede de ginásios de *fitness* para fazer valer a cláusula contratual de fidelização por um ano, no momento da assinatura do contrato, sublinha a referida cláusula e pede para que o aderente assine, juntamente com o predisponente, ao lado do sublinhado. Dificilmente o aderente poderá vir a questionar que não foi comunicado e informado sobre tal cláusula.

5.4. Brevíssima análise do aderente-fiador – abuso do direito?

Atendendo à finalidade do nosso estudo, interessa-nos sobremaneira a discussão sobre a extensão ou não dos deveres de comunicação e informação aos fiadores. Embora a jurisprudência das Relações divida-se ora em estender ora em não estender aos fiadores¹⁰⁶, resulta da melhor jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que o regime das cláusulas contratuais gerais é aplicável à fiança¹⁰⁷.

E assim sendo, a primeira discussão passaria por saber se a omissão da entrega do contrato celebrado entre mutuante e mutuário poderá ser vista, em relação ao fiador, como consubstanciando falta de comunicação adequada dos termos contratuais...

Não podemos perder de vista que a fiança consiste no vínculo jurídico pelo qual um terceiro se obriga pessoalmente perante o credor, garantindo com o seu património a satisfação do direito de crédito deste sobre o devedor – conforme 627.º, nº 2 do Código Civil. No senso comum, a ideia de fiança e de fiador está, desde há muito, no sentido de

¹⁰⁶Extensão ao fiador: Acórdão TRP, de 1-6-2010, processo 1162/09.7TBPFR.P1. Não extensão ao fiador: Acórdão TRL, de 29-11-2012, processo 4590/08.1TBVFX-A.L1-6.

¹⁰⁷A título de revisão lembramos que a fiança tem como características principais a acessoriedade e a subsidiariedade. A acessoriedade aparece referida no artigo 627º, nº 2, que nos diz que “a obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor”. A subsidiariedade reconduz-se à possibilidade de o fiador invocar o benefício da excussão prévia, conforme resulta do artigo 638º, impedindo o credor de executar o património do fiador enquanto não tiver tentado sem sucesso a execução através do património do devedor.

qualquer pessoa saber que, se é fiador de alguém, é chamado a pagar quando esse alguém não cumpre a obrigação a que se vinculou. E, se não procurou saber das exatas condições em que também se obrigou, tal dever-se-á à sua irreflexão, não a podendo esgrimir contra quem se procurou acautelar contra eventual incumprimento do devedor.

Imaginemos a seguinte situação prática: Contenderia com as regras da boa-fé, exigíveis aos contraentes, se o fiador, no momento de ser chamado a cumprir, tendo assinado voluntariamente um contrato onde se obrigou também, pudesse, sem mais, invocar a violação dos deveres pré-contratuais específicos para se eximir àqueles a que, pela sua assinatura, se vinculou; estaria em abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, enquadrando-se na expressão legal “manifesto excesso”. E assim seria caso não constasse no contrato cláusulas que envolvessem um exigente conhecimento de conceitos técnico-jurídicos, ou uma complexa teia de direitos e deveres recíprocos a demandar exigente esforço interpretativo. O dever de comunicação e de informação não poderia ser erigido em dogma para que, invocada a sua violação, o fiador-aderente se desvinculasse das obrigações assumidas, nomeadamente de obrigação de garante. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, **processo 1582/07.1TBAMT-B.P1.S1**, de 24/03/2011 retrata bem o que acabamos de explicar. Vejamos: A presença de contratos assinados pressupõe que a fiadora os entendeu, em conformidade com o disposto no artigo 6.º, a exequente apenas teria que informar a outra parte dos aspetos cuja aclaração se justificasse e prestar os esclarecimentos solicitados. Assim, atendendo ao elevado grau cultural da fiadora – professora universitária - o cumprimento do dever de comunicação a que se reporta o artigo 5.º, basta-se com a entrega da minuta do contrato, contendo todas as cláusulas (incluindo as gerais), com a antecedência necessária, em função da extensão e complexidade das mesmas, na medida em que, com a entrega dessa minuta, uma pessoa normalmente diligente tem a efetiva e real possibilidade de ler e analisar todas as cláusulas e de pedir os esclarecimentos que entenda necessários para a sua exata compreensão. Decidiu o Supremo “(...) XV - *Embora considerando que o aderente está numa situação de maior fragilidade, face à superioridade e poder económico da parte que impõe as cláusulas, o legislador não tratou o aderente como pessoa inábil e incapaz de adoptar os cuidados que são inerentes à celebração de um contrato e por isso lhe exigiu também um comportamento diligente tendo em vista o conhecimento real e efectivo das cláusulas que lhe estão a ser impostas.* XVI - *Daí que a recorrente não possa invocar o desconhecimento dessas*

cláusulas, para efeitos de se eximir ao respectivo cumprimento, quando esse desconhecimento, a existir, apenas resultou da sua falta de diligência. XVII - Estabelecendo a cláusula 20.ª, inserta em ambos os contratos de mútuo, que “as pessoas identificadas para o efeito no início do contrato”, onde se inclui a recorrente, “constituem-se fiadores solidários e principais pagadores de todas e quaisquer quantias que vierem a ser devidas à Caixa pelo 1.º contratante no âmbito do presente contrato e das operações nele previstas”, a recorrente não pode invocar o benefício da excussão, dado que se constitui fiadora solidária, por um lado, e, por outro, assumiu a obrigação de principal pagador, renunciando ao aludido benefício”. Curioso até que, sendo vários os fiadores do devedor principal e todos subscritores dos aludidos contratos, apenas uma fiadora, quiçá a mais culta, suscitou (por se ter divorciado) a sua ignorância quanto às expressões “solidários” e “devedor principal”, apesar de todas as reuniões que antecederam a assinatura do contrato.

Diferente é o caso de fiadores que negociam cláusulas, por exemplo, afirmando só assinarem certo contrato no pressuposto de gozarem, de qualquer modo, do benefício de excussão prévia¹⁰⁸ e havendo essa prévia negociação - para quem demonstra saber em que consiste tal estipulação excussão prévia - não se compreende que venham alegar omissão de explicação sobre o significado da cláusula “Fiança” quando, executados os bens do devedor, sejam chamados a cumprir a obrigação. Para além do que, não provou o aderente estar perante um contrato de adesão (melhor dizendo, a cláusula resultou de acordo entre as partes) e por isso, não beneficia do controle de inclusão através do dever de informação daquele regime jurídico. Neste sentido, STJ, **processo 08A1287**, de 13/05/2008.

E o que dizer quando o fiador, num caso concreto, após leitura e explicação do conteúdo da escritura, declara conhecer perfeitamente o conteúdo do documento complementar, não requerendo qualquer esclarecimento adicional e, na qualidade de fiador, apõe a sua assinatura quer na escritura, quer no documento complementar, rubricando todas as páginas?

¹⁰⁸Consiste fundamentalmente no direito que assiste ao fiador de se opor à execução dos seus bens enquanto não estiverem executados todos os bens responsáveis do devedor, sem o credor obter a satisfação do seu crédito. Art. 638.º, n. 1 do CC.

Entendemos que os deveres de comunicação e de informação decorrentes da LCCG, abrangem as cláusulas das quais resultam obrigações para o fiador, sendo irrelevante que as mesmas tenham como destinatário principal e originário o devedor principal¹⁰⁹. Daqui resulta que um fiador, estando em posição de pedir os esclarecimentos de que carecia, antes da outorga da escritura, o não faz e até deles prescinde no ato da escritura, ao declarar que conhece perfeitamente o conteúdo do documento complementar respeitante à fiança, não se pode dizer que há violação de dever de informação. (veja-se neste sentido e numa situação idêntica o Ac. do TRP **processo 1566/11.5T2OVR-A.P1**, de 10 de Janeiro de 2013 em que foi Relator Pinto de Almeida). Queremos dizer que, não obstante sobre o predisponente impenda o ónus da prova sobre o cumprimento do dever de informação (por analogia ao n.º 3 do artigo 5.º da LCCG) não basta que o aderente-fiador venha a terreiro arvorando uma falta genérica pelo predisponente da realização daquela incumbência, para que se possa dizer que estamos perante uma violação da Lei suscetível de nulidade. Não se poderá «obrigar» nestas circunstâncias específicas que o predisponente, mesmo ao arrepio de uma vontade expressa do aderente-fiador, explique uma por uma as cláusulas insertas num contrato de adesão, sob a égide de uma eventual ameaça de uma possível futura ação com vista à declaração da nulidade do contrato por violação do dever de informação. Sobre isso manifesta-se Almeno de Sá¹¹⁰ *“podemos dizer que «a imposição ao utilizador deste ónus tem como correlato, do lado do aderente, a necessidade de adopção de uma conduta que possa ter-se como razoável ou exigível (...) tal conduta é aferida segundo o critério abstracto da diligência comum, o que nos conduz ao cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente pressuposto pela ordem jurídica, colocado na situação em causa»*. Somos temerários até, que uma tomada de posição deste jaez possa configurar uma violação dos direitos da personalidade, na vertente da autodeterminação das partes, porquanto o dever de informação deve ser prestado «de acordo com as circunstâncias», no dizer do segmento normativo a que alude o n.º 1 do artigo 6.º da LCCG e se nestas constatamos que o aderente-fiador prescinde de todo e qualquer esclarecimento, não se poderá dizer que tenha havido o incumprimento daquela específica obrigação de comunicação e explicitação. Relembramos o dever de

¹⁰⁹Fernando Gravato de Morais, in *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina 2007, pp. 143 a 145 onde cita Januário Gomes no sentido de que «as razões que estão na génese da constituição de um regime específico para os contratos de adesão são inteiramente transponíveis para a fiança acoplada a tais contratos».

¹¹⁰In *Cláusulas Contratuais Gerais. ob. cit., p. 61*

comunicação é uma obrigação de meios: não se trata de fazer com que o aderente conheça efetivamente as cláusulas, mas apenas desenvolver para tanto uma atividade razoável. Neste sentido, STJ, **processo 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1**, de 09/07/2015.

6. CAPÍTULO VI – JUSTIFICAÇÃO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS CASOS DE ABUSO DO DIREITO PELO ADERENTE

6.1. Do exercício inadmissível de posições jurídicas

O Abuso do direito, hoje entendido como o exercício inadmissível de posições jurídicas, vincula o titular a exercer sua posição jurídica arraigado e dentro dos ditames do sistema jurídico como um todo. Nomeadamente, não poderá este titular agir contra expectativas que tenha gerado – e aqui tutelamos a confiança da contraparte através do *venire contra factum proprium* – ou, este titular também não poderá prevalecer-se de violações que ele próprio tenha perpetrado – e aqui tutelamos a materialidade subjacente através, p ex. do *tu quoque*; exige-se uma conformidade material das condutas, uma idoneidade valorativa e equilíbrio no exercício de posições jurídicas. Estando assim consagrado o instituto do abuso de direito no direito português, os tribunais tem sido inexcedíveis na concretização do abuso do direito, nomeadamente, do abuso do direito do aderente que invoca desconhecimento de cláusulas contratuais gerais.

Na tese de doutoramento da Doutora Maria Raquel Rei intitulada “*Da interpretação da declaração negocial do direito civil português*” quando discorrendo sobre declaratório normal colocado na posição de declaratório real sem entender determinado comportamento negocial, afirma que estes negócios estão condenados à nulidade, por indeterminação do respectivo conteúdo. Linhas à frente a professora afirma “*a circunstância de os exemplos apresentados se situarem em áreas em que a generalidade dos negócios são celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais, não põe em causa o que se disse. Com efeito, o regime especial da LCCG não apresenta solução específica para os casos em que o aderente não pretende ser informado ou finge que compreendeu e nada compreendeu...*”¹¹¹. Assim, uma vez que a LCCG não apresenta solução para o caso, entendemos ser o artigo 334º solução suficiente e eficaz para remediar o exercício inadmissível da posição jurídica do

¹¹¹ *Da interpretação da declaração negocial no direito civil português*, p. 107/109, disponível em Repositório da Universidade de Lisboa/Faculdade de Direito: <http://hdl.handle.net/10451/4424>, acesso em 21 de setembro de 2015.

aderente – toda vez que ocorra uma ultrapassagem excessiva dos limites internos do seu direito remetendo para a insolvabilidade da pretensão - com alusão ao princípio do maior aproveitamento possível dos contratos singulares, princípio da conservação dos negócios jurídicos ou princípio da proporcionalidade entre causa e efeito.

A execução dos contratos duradouros – no cumprimento da obrigação ou no exercício do direito correspondente - demanda uma especial intervenção da boa-fé tal como definida no artigo 762.º, n.º 2 do CC. Pires de Lima e Antunes Varela¹¹² ensinam que relativamente ao cumprimento da obrigação, a atuação da boa-fé envolve liminarmente dois corolários: 1- o cumprimento deve ser realizado de modo e tempo adequado para salvaguardar os interesses do credor; 2- o dever de boa-fé engloba o ato da prestação em si como todos os atos envolvidos na preparação e execução, devendo ser dirigidos de forma a salvaguardar o interesse do credor na prestação e evitar prejuízos deste através de uma normal diligência do devedor. Não pode o aderente descumprir, por exemplo, o pagamento de um valor acordado “alegando ilegitimamente”¹¹³ que determinada cláusula de correção com base na inflação não lhe foi comunicada. Os deveres acessórios de conduta presentes na relação obrigacional saltam-nos aos olhos: proteção, esclarecimento e lealdade.

O ponto crucial da execução continuada prende-se com o exercício do direito correspondente de acordo com a referencia legal de boa-fé. Este exercício juridicamente reconhecido e protegido traduz-se num dever de agir com correção e lisura, para ambas as partes da relação contratual.

Tomemos por base um Ac. do STJ, **processo 233/11.4TCGMR.P1.S1**, de 10/09/2015. Um aderente de serviço de telecomunicações contratou um serviço de chamadas e sms “sem limites” mas num único mês enviou 6.000 sms. Entendeu o Supremo, de modo ímpar, que o autor não incorreu num grave abuso do direito mas excedeu manifestamente os limites impostos pela boa-fé no exercício do direito, incorrendo em abuso do direito o fato de enviar 2000 sms/semana... “a boa-fé significa

¹¹²Código Civil Anotado, II, 4. Ed., Coimbra, 1997, p. 3

¹¹³Queremos aqui esclarecer que usamos a expressão “alegando ilegitimamente” querendo contudo significar que a alegação é dada como provada numa falsa alegação. Não queremos dar a entender que o aderente não possa alegar não comunicação de cláusulas, mas já estamos nos referindo aos casos em que esta alegação é provada (pelo predisponente) como inverídica.

aqui uma utilização do serviço gratuito e ilimitado em termos amplos mas razoáveis”. O que nos chamou atenção nesta decisão foi a majoração (para “grave”) do instituto do abuso do direito. Podemos ler no acórdão “IV- *Não estando o autor vinculado por cláusulas contratuais gerais que não constavam do contrato celebrado quando adquiriu a embalagem com o material que lhe dava acesso ao aludido serviço e que nem constavam ao tempo do site da ré, o autor, ainda que haja enviado mensagens em número muito superior ao que é normalmente enviado pelos utilizadores do serviço, não incorre em grave abuso do direito, designadamente quando se reconhece que fez essa utilização tendo em vista a divulgação de serviços de informática que tinha em mente realizar*”. A jurisprudência evoluiu tanto assim? Encontraremos, num futuro próximo, atuação gravíssima ou leve do abuso do direito? A ver, vamos! Por hora, pensamos que o Supremo quis invocar juízos de razoabilidade e proporcionalidade para aplicar o instituto do abuso do direito. Apesar de o acórdão não mencionar, há um desequilíbrio no exercício do aderente, que o Tribunal mitigou determinando ele próprio o número razoável de sms que poderiam ser enviados, uma vez que não houve acordo entre predisponente e aderente. Relativamente ao predisponente que alterou unilateralmente o tarifário do aderente quando este ultrapassou a medida do razoável no envio dos sms, apesar de se pretender considerar que era “limitado” aquilo que se oferecia como “ilimitado” configurando-se um *venire contra factum proprium*, o Tribunal entendeu que não houve abuso do direito, mas puramente um incumprimento contratual, mitigado com a decisão de reestabelecer o acesso gratuito e ilimitado ao aderente.

6.2. Inoperacionalidade da litigância de má-fé

Não nos propomos neste momento discutir a litigância de má-fé, vamos apenas fazer um arremate do raciocínio visto que dúvidas poderiam surgir no sentido de se condenar o aderente a litigante de má-fé (no tocante à conduta sancionada), num dos pressupostos de natureza substantiva deste instituto, quais sejam, dedução de pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar (542.º, 2, a) ou alteração da verdade dos fatos ou omissão de fatos relevantes para a decisão da causa (542.º, 2, b), ou ainda, omissão grave do dever de cooperação (542.º, 2, c). Recordamos que no essencial e quanto ao fato ilícito não relevam todas e quaisquer violações de normas

jurídicas mas apenas as atuações tipificadas nas diversas alíneas do artigo 542.º, 2 do Código de Processo Civil.

A primeira chamada de atenção que fazemos a este instituto é que (apenas) castiga o litigante de má-fé que atue com dolo ou negligência grave. A sanção prevista é a multa e não depende da existência de danos causados à outra parte; já a indemnização dos prejuízos causados pela atuação processual é eventual e limitada. O instituto do abuso do direito opera independentemente de culpa.

O instituto da litigância de má-fé visa permitir ao juiz, se necessário, proceder a uma “disciplina” imediata do processo, oferecendo uma resposta de pronto para situações de erros grosseiros, iniquidades óbvias, aberrações de atitudes ou o velho entorpecimento evidente da justiça, com a necessidade de exercício do contraditório antes da aplicação da multa. Já o abuso do direito constitui uma fórmula jurídica para exprimir a ideia do exercício inadmissível e/ou disfuncional de posições jurídicas, assumindo assim, uma natureza objetiva, e aplica-se quando de uma atuação humana (mais latamente, ao exercício de quaisquer posições no processo) estritamente ligada às normas jurídicas imediatamente aplicáveis, embora e apesar disso, se apresente ilícita por contrariar a globalidade do sistema jurídico.

Sabemos que o direito de ação não pode ser entendido como absoluto pois uma ação pode ser proposta dolosamente, sem fundamentos ou com falsas alegações. Para mais, no decurso de uma ação as partes podem adulterar a verdade (entre outros expedientes dilatórios) pura e simplesmente para evitar um resultado que lhe seria desfavorável. Ora bem, é aqui o nó górdio! Na pesquisa jurisprudencial que fizemos ao longo destes 2 anos não conseguimos encontrar acórdãos que condenassem o aderente como litigante de má-fé quando venha invocar (dolosamente ou não) descumprimentos de encargos pré-contratuais previstos na LCCG. É por isso que utilizamos o termo “inoperabilidade” da litigância de má-fé; queremos dizer que a litigância de má-fé não absorve nem afasta o abuso do direito (em processo), simplesmente não é aplicada pelos nossos tribunais. Certo ou errado? Menezes Cordeiro¹¹⁴ considera um grave erro-jurídico científico (e ainda uma errada opção política) o pretender limitar as exações

¹¹⁴In Litigância de Má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo, 3ª ed., Almedina, 2014, p. 39 e 40.

processuais com base na litigância de má-fé; por suas palavras “*vamos mesmo mais longe: apenas uma profunda ignorância da ciência do direito subjetivo e um desconhecimento dos institutos em presença conduzem a tal resultado.*” Entendemos que a litigância de má-fé (nem pela atuação substancial nem pela processual) não deve ser aplicada nestes casos específicos pois tendencialmente o resultado esperado às lides é a paralisação o exercício abusivo conseguida através do abuso do direito, suficientemente.

Ao nível das consequências poderemos encontrar áreas coincidentes entre os dois institutos e assim nesta altura, a litigância de má-fé deverá prevalecer por ser um instituto especial, sobre o abuso de ordem geral. Menezes Cordeiro¹¹⁵ explicita que regra geral, não há coincidência nem em termos processuais nem materiais. Processualmente, a litigância é apreciada imediatamente, na própria ação, de ofício. O abuso poderá ser apreciado numa ação *ad hoc*. Já em termos materiais, o abuso não está sujeito às restrições da litigância de má-fé visto que no abuso vale: 1- qualquer violação da boa-fé; 2- dolosamente, negligente ou puramente objetiva; 3- os danos exigidos podem ser atuais, futuros ou eventuais; 4- qualquer pessoa poderá ser responsabilizada incluindo pessoas coletivas; 5- consideram-se todos os danos; 6- ainda que origine responsabilidade civil, no abuso do direito surge sempre a obrigação de cessar o exercício abusivo. Vemos que transcende os pressupostos exigidos para litigância de má-fé apresentando-se como mais um instrumento resultante das exigências globais do sistema e, deveras, testada sua aplicabilidade e eficácia.

6.3. Não comprometimento da eventual culpa *in contrahendo*- *cic*

Veremos que o reconhecimento de abuso de direito do aderente não compromete o reconhecimento de sua eventual culpa *in contrahendo*¹¹⁶. Sabemos que o princípio da autonomia privada, no âmbito pré-contratual, assegura às partes a formação de uma vontade de contratar. Vimos também que essa liberdade de contratação é bastante reduzida em contratos com base em ccg. Assim e tendo isto em conta, assegurar a

¹¹⁵ob. cit., p. 146 e 147.

¹¹⁶Menezes Cordeiro esclarece que a culpa *in contrahendo* está entre as descobertas jurídicas mais significativas da época contemporânea. É devida a Jhering, em 1861 embora sua inovação não tenha sido absoluta tendo em vista que a jurisprudência comercial alemã, algumas leis territoriais prussianas e mesmo o direito romano já a visualizava. In *Tratado de Direito Civil II*, ob. cit., p. 209 e 210.

liberdade de decisão das partes é, antes de mais, garantir a sua correta e completa informação sobre as circunstâncias em que assenta o contrato futuro. A professora Mariana Fontes da Costa¹¹⁷ alerta “ingénuo seria negar que o contrato é um instituto assente num jogo de forças entre contraentes, ambos buscando a maximização do seu interesse ao menor custo possível.” (grifo nosso). Importa-nos essa afirmação da docente no que toca ao interesse de ambos maximizar seu interesse, isto porque a LCCG foi erigida na intenção de proteger o aderente, aliás, conforme orientação de Diretiva europeia.

Daí que o CC em seu artigo 227º estabeleça que é obrigação das partes numa negociação agirem segundo a boa-fé, outrossim, de acordo com padrões de honestidade, lealdade e correção, não causar danos à contraparte, não induzi-la a erro e informá-la das reais circunstâncias, relevantes para o seu consentimento. Interessa-nos verificar como a *cic* pode ser usada concretamente para proteger o aderente ou responsabilizá-lo. Ora, já vimos que os encargos específicos dos predisponentes vão além do previsto para a *cic*: a parte habilitada que não informe suficientemente a parte débil pode ser confrontada com *cic*, cabendo-lhe indemnizar os danos assim causados. Porém, estendemos para o aderente o dever de lisura e correção, resgatando e não afastando o 227º também em relação a este. Neste diapasão, a situação de confiança dá lugar a realidades que a materialidade subjacente não pode esquecer.

Dário Moura Vicente¹¹⁸ lembra-nos que segundo a doutrina dominante, a culpa *in contrahendo* presume-se, nos termos do art. 799º, n.º 1 do CC, naquele que deu causa à deficiência ou à conclusão do contrato. A violação da relação pré-contratual é fonte de responsabilidade obrigacional, aplicando-se o artigo 799º, com sua presunção de culpa. As principais categorias de fatos que configuram responsabilidade pré-contratual são, nomeadamente: 1- rompimento ilegítimo de negociações; 2- celebração de contrato ineficaz por vício imputável a fato culposo de uma das partes e 3- a celebração de um contrato válido com violação de deveres de conduta decorrentes do princípio da boa-fé. Para a presente dissertação, importam os fatos descritos em 2 e 3. Não podemos deixar de referir que a informação em jogo sendo importante, poderia paralisar todo o

¹¹⁷O dever pré-contratual de informação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, p. 368.

¹¹⁸In Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado. Coleção Teses, Almedina, 2001, p. 316.

procedimento contratual subsequente e por isso, a indemnização daí resultante (caso demonstre fato ilícito culposo-dano-nexo de causalidade) deve abranger o interesse negativo ou da confiança defraudada, incluindo as despesas perdidas, os danos morais e até os lucros cessantes.

Imaginemos um caso em que um aderente contrata um seguro de vida e omite que tem uma doença grave. A falta e os vícios da vontade podem induzir à responsabilidade pré-contratual. Segundo Dário Moura Vicente no caso do erro: quando causado por dolo ele determina em princípio a responsabilidade pré-contratual de quem o empregou mas pode também fundamentar obrigação de indemnizar daquele que provocou o erro omitindo negligentemente informações ou prestando-as de forma inexatas, sem intenção ou consciência de enganar. Cumpre-nos lembrar que o dolo tolerado (ou *dolus bonus* do direito romano) do artigo 253º, n.º 2 é um caso de limite à responsabilidade pré-contratual.

Não podemos perder de vista que para que exista o dever de indemnizar nos termos agora em estudo, certos pressupostos têm que se verificar: além do dano, um fato ilícito, a culpa do lesante e um nexo de causalidade entre o fato e o dano. Na responsabilidade cominada no 227º temos fundamentalmente um ilícito aflorado por uma violação dos deveres de conduta em que se desdobra, na expressão de Galvão Telles a “*obrigação de contratar bem*”. Entre os deveres violados avultam os deveres de informação que, nas palavras de Menezes Cordeiro¹¹⁹ “*tanto podem ser violados por acção, portanto com indicações inexatas, como por omissão, ou seja pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer*”. A questão suscitada pela *cic* restringe-se não em saber se o lesado confiou mas sim, se podia confiar.¹²⁰

A natureza híbrida ou mista da culpa *in contrahendo* – *cic* releva pois, com efeito, através dela não se visa exclusivamente reconstituir o *status quo* anterior à lesão nem satisfazer a expectativa do lesado num bem que este obteria através do cumprimento do contrato. Ambas as finalidades são passíveis de ser prosseguidas através da responsabilidade pré-contratual, consoante as situações concretas apreciadas. Porém,

¹¹⁹Cf. Da boa-fé no Direito Civil, Vol. I, p. 583.

¹²⁰Cf. Dário Moura Vicente, Da Responsabilidade pré-contratual..., ob. cit. p. 337.

Menezes Cordeiro¹²¹ entende que a abordagem da cic pela responsabilidade civil, além de redutora, distorce o instituto por completo. Este entendimento parte da premissa de que a cic lida com deveres que, se forem cumpridos, prosseguem papel criativo e atributivo não negando que sua inobservância induz a danos e responsabilidades. Por sua palavras *“Mas para conhecer a extensão e o regime desta, há que surpreender o momento anterior: aquele em que se perfilam deveres de conduta positivos que, a serem cumpridos, asseguram a riqueza e afastam a responsabilidade. Por eles há que começar.”*

Entre os objetivos prosseguidos com este instituto da cic, apontamos o propósito de assegurar a correta formação da vontade de contratar e nesta medida, o instituto é instrumental relativamente à autorregulação das partes na busca dos seus interesses, concretizáveis através de um contrato. Dizendo isso, dizemos também que as regras negociais podem ter origem contratual, legal específica, legal genérica. Interessa-nos as duas últimas: legal genérica – que advém exatamente do artigo 227º do CC – e legal específica – as regras legais da LCCG, artigos 5º a 9º.

A LCCG tutela o dever de comunicação e informação dos contraentes, sanciona seu desrespeito e protege os titulares desses direitos (o aderente) ora não considerando cláusulas, ora excluindo-as dos contratos quando não cumpridos, aliás, não provado o cumprimentos dos encargos específicos. Por não ser um instituto subsidiário a cic pode ser invocada em concorrência com outros institutos, como sejam a invalidade ou a resolução de um contrato, casando igualmente bem com o abuso do direito.

No âmbito da tutela dos deveres pré-contratuais estabelece o artigo 227º que a sua violação culposa acarreta responsabilidade pré-contratual para o devedor, com a consequente obrigação de indenizar o credor pelos danos sofridos. O que vemos na LCCG são encargos acrescidos, para além do disposto no artigo 227º, mas apenas para o predisponente. Claro que este preceito normativo não contém em si enumeração das situações passíveis de gerar responsabilidade pré-contratual, antes fornece o critério dessa enumeração, a fixar por obra sobretudo da jurisprudência.

¹²¹In Tratado de Direito Civil II, ob. cit., p. 246.

O aderente poderá ser responsabilizado pelos danos que culposamente poderá causar ao predisponente. Atentemos que, de acordo com a doutrina mais atualizada sobre abuso do direito, a responsabilização do aderente será eventual visto que o abuso de direito poderá ser reconhecido independentemente de culpa sua. A rejeição doutrinária das soluções contratualistas da cic leva-nos crer que este instituto vem sendo depurado por novos institutos, como por exemplo, pelo abuso do direito quando, perante súbito exercício disfuncional de posição jurídica, exista violação de convênios já conseguidos entre as partes.

Apenas queria deixar aqui o ensinamento de Oliveira Ascensão¹²² sobre o ilícito civil. Regista o professor que o ilícito civil não está necessariamente associado à produção de danos: poderá surgir e ter consequências civis, mesmo que porventura nenhuns danos haja a reparar. Segundo Menezes Cordeiro, devemos recusar a cic quando não se provém danos, quando não se demonstre que o interessado desconhecia informação essencial a qual era conhecida pela outra parte ou quando falte causalidade.

É entendimento pacífico do STJ, cf. **Processo 08B3301**, de 22-01-2009 que “(...)3. *Na culpa in contrahendo assumem primordial relevância os deveres de informação e de esclarecimento, respeitantes, antes de mais, ao clausulado contratual pretendido, e, particularmente, quando estamos perante sujeitos com poder contratual desequilibrado, com conhecimentos e experiências negociais e jurídicas desiguais, revestindo tais deveres, neste caso, maior amplitude, intensidade e extensão para a parte que detém a posição negocial mais forte, que lhe permite impor à contraparte, mais inexperiente ou menos esclarecida, cláusulas de que esta, por força dessa sua debilidade contratual, não logra colher o verdadeiro significado ou de que, pela mesma razão, nem sequer toma conhecimento.*”

6.4. Permissivo legal para intervenção do juiz

Ao lado de toda a evolução imposta pelos rumos traçados no comércio jurídico traduzida por evolução assinalável a nível legislativo aquando da estipulação de limites à autonomia privada e a nível judicial por uma intervenção nos contratos em concreto,

¹²² *Ilícito Pessoal e Responsabilidade Civil. In Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 3, 1983, p. 149.

objetivando compor litígios pela via da correção de excessos e do reequilíbrio de posições estabelecidas pelas partes contratantes, evidentemente que a aplicação do instituto do abuso do direito depende larga e elevadamente da missão do juiz sem que vislumbremos isso como um defeito da crescente doutrina favorável ao abuso do direito. Antes mais, uma virtude urge realçar. Há que sopesar as qualidades primaciais dos magistrados. Já no ano de 1936 Tito Arantes¹²³ apontou que um juiz deve reunir “*probidade, inteligência, bom senso, cultura jurídica e afinho nos estudos*”.

A nossa preocupação no início desta investigação, ainda quando estudávamos puramente os encargos na LCCG, era com a imparcialidade do juiz. Ora bem, a preocupação do Conselho da Europa e a sua recomendação aos Estados Membros foi no sentido de criar instrumentos legislativos conducentes ao combate dos abusos de poder económico e defesa do consumidor. Criamos uma lei específica que tutelou a “parte mais fraca” tendo em vista a redução da autonomia privada. Mas será que não conduzimos os operadores do direito à superproteção dos aderentes? Não repetimos o erro que aconteceu relativamente à justiça do trabalho onde muitos entendiam ser “uma justiça a favor do trabalhador – da parte mais fraca”? Ao julgar lides envolvendo predisponentes-aderentes não estariam já condenados os predisponentes em função da proteção conferida pela lei aos aderentes?

De fato, vislumbramos que a aplicação do artigo 334.º, nos casos de abuso do direito dos aderentes, realça a imparcialidade do juiz que já não fica preso ao pressuposto de que o predisponente é a “parte má ou parte mais débil¹²⁴” da relação jurídica. De fato, a jurisprudência em Portugal não tem sido suficientemente apoiada pela doutrina. Não encontramos nenhum autor que se tenha pronunciado sobre as decisões que acautelam os interesses do predisponente ao reconhecer abuso do direito do aderente. Neste contexto, a jurisprudência tem procurado seu próprio caminho e

¹²³Do Abuso do Direito e sua repercussão em Portugal: ensaio jurídico, Lisboa, 1936, p. 36.

¹²⁴De notar que a proteção da parte contratual mais débil deixou de cingir-se às relações contratuais massificadas e passou a incluir, a partir da publicação da Directiva 93/13/CEE, do Conselho de 5 de Abril de 1993, as partes envolvidas em relações contratuais individualizadas, quando nas mesmas também verificarmos as características da pré-formulação e da falta de negociação. Transposição feita através do DL 220/95, de 31 de Agosto e DL 249/99 de 7 de Julho. Conforme já estudamos no Capítulo I desta dissertação.

firmado o seu entendimento. Observa Castanheira Neves¹²⁵, apoiado nas lições de Kriele, que a visão tradicional da teoria das fontes indicava uma repartição funcional representada pelo circunstância de que “o legislador cria o direito, o jurista ou o julgador aplica-o conhecendo-o”. Hodiernamente com o avanço da ciência jurídica o legislador mantém a prerrogativa de legislar, mas não mais com o “monopólio”. Daí a importância do “direito dos juízes”, concorrendo e participando das fontes do direito. Daí a importância do precedente judicial. O exercício desta autêntica competência endereçada, pela norma, aos juízes, exige critérios de decisão razoáveis, correspondentes a um significado assente, sobretudo, em relação aos limites imposto pelo sistema. É sabido que o crescimento da função dos juízes deve-se a uma elevada complexidade das relações sociais e jurídicas na sociedade atual, mas igualmente uma insuficiência da atividade legislativa estatal em regular tais fenómenos dando inclusive causa a uma “crise” de legitimidade do legislador. Este “poder” não resta encerrado em si mesmo, a partir de uma prerrogativa oferecida pelo sistema jurídico. Pelo contrário! Ao se dizer que através das cláusulas gerais permitimos uma abertura do sistema, o denominado *sistema aberto e móvel de Canaris* a atuação do intérprete e aplicador – juiz – não se dá como mero ato de autoridade, mas dele se reclama a argumentação e convencimento quanto ao conteúdo e intensidade da sua intervenção na relação jurídica das partes. E assim o sistema se aperfeiçoa tanto por ser possível uma pluralidade de decisões mediante atividade de concretização judicial, quanto pela atualização e aplicação da lei a diferentes realidades fáticas ao longo do tempo.

Ao invés de chamarmos de permissivo legal para intervenção do juiz escolheríamos nomear “restauração da imparcialidade do juiz” pelo simples fato deste poder descortinar o abuso do direito do aderente sem estar atado ao protecionismo legal que não queremos aqui, de todo, refutar, mas sim, advertir. Tomemos por base e em conta o discurso do Ministro da Justiça quando da apresentação do código civil de 1966 “*no seu conjunto, servindo como instrumento de contínua renovação da ordem jurídica quanto ao exercício e tutela de direitos, o artigo 334º constitui uma arma de gume tão afiado que só a mãos prudentes ela poderia ser entregue sem risco de o preceito ferir gravemente a segurança do comércio jurídico. Ir mais longe do que foi o legislador,*

¹²⁵Neves, António Castanheira. Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 261.

*para desferir golpe mais profundo no livre exercício dos direitos, além de ser imprudente, não parece necessário aos fins próprios da legislação civil.”*¹²⁶

Ainda com base nos ensinamentos de Castanheira Neves, outro argumento que nos salta aos olhos quando da aplicação do abuso do direito nos casos acima estudados é a ordem pública no direito dos contratos. Vem referida no código civil antes mesmo da regulamentação das obrigações e do direito das coisas, consagrada inicialmente na Parte Geral, no artigo 280.º, nº 2 onde lemos que é nulo o negócio contrário à ordem pública. Contudo, não temos definição legal de ordem pública. A técnica legislativa utilizada revela que ao juiz ficou a incumbência de concretizá-la.

Ora, se conjugarmos a válvula de escape do artigo 334º com mais essa flexibilidade do sistema – a possibilidade do juiz definir no caso concreto a noção de ordem pública – mais realçaremos nosso entendimento no sentido do resgate do poder do juiz de reforçar a respetiva capacidade de resposta à diversidade das situações juridicamente relevantes e à evolução das concepções de justiça, visando a realização plena do Direito.

Reforça nosso raciocínio a leitura de artigo de Manuel Carneiro da Frada¹²⁷ onde o autor afirma que a codificação portuguesa distinguiu explicitamente a ordem pública da contrariedade à lei, assim como só tem relevo próprio se lograr impor-se como realidade distinta das normas legais imperativas. Nas palavras de C. da Frada “*visa-se uma publica utilitas, transpessoal, que pode ser de natureza política, administrativa, policial, económica ou outra*”. Assim sendo, importa captar as pedras angulares sobre as quais o sistema jurídico se ergue e pervive. Rejeita-se assim o entendimento de que “o que não é proibido pelo direito é permitido” correspondendo a necessidade de se vedar o exercício do direito subjetivo e demais prerrogativas jurídicas para além dos limites ditados pela finalidade para o qual é concebido e pelos fins do próprio Direito.

Nesse sentido, o reconhecimento do abuso do direito do aderente aparece como um dos veículos que favorecem à materialização da teoria da ordem pública. Ora,

¹²⁶Fernando Augusto Cunha de Sá, ob. cit., p. 141.

¹²⁷A Ordem Pública no Direito dos Contratos, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano IV, Coimbra Editora, 2007, p. 288.

quando o aderente alega incumprimento dos encargos pré-contratuais puramente para afastar cláusulas, sua conduta para além de ser desconforme com a boa-fé, colide com a ordem pública, colide com os princípios e valores que o ordenamento jurídico visa acautelar. Aliás, é preciso que se diga que no sumário da LCCG lemos, em seu número 6 “*o apelo ao conceito de ordem pública é um outro alicerce*”. Apesar do artigo 334º não mencionar ordem pública, note-se que estamos a tratar de um conceito primário essencialmente delimitador da autodeterminação dos sujeitos que revela-se através do negócio jurídico “contrato”. Entendida nesta veste, aqui queremos chegar a uma conclusão importante: o dever de atuar de boa-fé é um princípio cardeal que perpassa todo o contrato e que é inderrogável por vontade das partes. Além do mais, permitir um exercício inadmissível de uma posição jurídica ou a atuação desequilibrada da parte protegida não pode ser permitida pelo aplicador do direito visto que a ordem pública também reclama sua aplicabilidade.

6.5. Abuso do direito como estabilizador do direito do predisponente ao cumprimento contratual

Vamos agora pensar acerca do cumprimento contratual pelo aderente. Existe ou não no direito português um direito do credor (predisponente) ao cumprimento do contrato? Discutir isso levar-nos-ia a uma outra dissertação de mestrado, mas teceremos aqui breves considerações. Sabemos que o devedor tem a possibilidade de não cumprir um contrato, desvinculando-se e para isso, pagando o respetivo preço, encargos relacionados com o começo de cumprimento do contrato, não estando sujeito ao pagamento de indemnização pelo arrependimento (evitando-se a criação de obstáculos ao seu exercício). Existe ainda, segundo José Carlos Brandão Proença¹²⁸, um direito de livre resolução (sem justa causa), um direito especial cujo titular ativo é um consumidor, aderente (ou não) que visa extinguir uma determinada situação jurídica contratual e que opera sem indicação de fundamento bastante relacionado com condutas da contraparte. Trata-se de um direito que não pode ser posto em causa e existe no interesse pessoal do consumidor/titular/aderente embora não seja absoluto, pois podem

¹²⁸ In “A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução? Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. II, Lisboa, 2011.

ser reconduzíveis a um exercício disfuncional. Pedro Romano Martinez¹²⁹ acrescenta “que apesar de não carecer de uma justificação, não pode o direito ser exercido em manifesto abuso, contrariando a diretriz do art. 334.º do CC, nem em violação da boa-fé, como prescreve o n.º 2 do artigo 762º do CC.”

Sabemos que o modelo português do incumprimento contratual não é claro resultando, em boa medida, do fato das regras sobre o incumprimento serem redigidas para serem aplicadas ao incumprimento de todas as obrigações, sem considerar-se a sua fonte, ao mesmo tempo que contempla regras específicas relativas à resolução de contratos bilaterais como consequência possível do incumprimento de obrigações contratuais. E aqui lembramos por exemplo, que o credor pode resolver o contrato e exigir indemnização pelos danos sofridos no caso do incumprimento definitivo da obrigação por perda objetiva do interesse. Caminhos alternativos são oferecidos ao credor no caso de haver uma declaração peremptória de não cumprimento por parte do devedor inadimplente.

No caso de contratos sinalagmáticos lembramos que terá também direito a fazer uso da exceção de não cumprimento do contrato. Ao conferir a uma das partes o direito de paralisar o direito da contraparte à prestação até que esta cumpra ou ofereça cumprimento simultâneo da sua prestação, a *exceptio* constitui um meio eficaz de assegurar que ambas as partes cumpram o acordado simultaneamente mantendo a final o equilíbrio contratual desenhado por elas. Sua função é portanto dilatória, visto que retarda o cumprimento da obrigação, suspendendo o contrato, até que a contraparte o faça: um meio de coação da parte inadimplente. É defesa de forma explícita a exceção de não cumprimento na LCCG através da alínea f) do artigo 18.º. Portanto, o credor tem a sua escolha a via que lhe parecer mais conveniente: exigência de cumprimento e manutenção do contrato ou aceitação do não cumprimento e resolução do contrato. E aqui lembramos o imbróglio da doutrina...quanto ao direito do credor a exigir o cumprimento. Lembramos que o credor poderá ir a Tribunal pedir a satisfação do seu crédito de forma originária. Quanto tempo isto durará? Neste contexto particular, a boa-fé surge como critério orientador do exercício da *exceptio*, na delimitação dos casos de admissibilidade, observando a regra de conduta ditado pelo artigo 762.º n.º 2 do CC . O

¹²⁹Da Cessação do Contrato, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 161

autor italiano Persico que esclarece “o exercício da exceção apenas será conforme à boa-fé caso entre o incumprimento e a recusa da prestação se verifiquem os três elementos seguintes: sucessão¹³⁰, causalidade e proporcionalidade.”¹³¹ Note-se, ainda que tenha sido comunicada e informada, este tipo de cláusula é absolutamente proibida pela LCCG. De fato, apesar da proteção que a lei assegura-lhe por todos os ângulos, o aderente também não tem feito uso da exceção de não cumprimento de acordo com a *ratio* da norma, antes mais, tem dela se utilizado para descumprir obrigações contratualmente pactuadas. Assim comprovou o TRP, em decisão de 10.03.2008, **Proc 544/08** “II- A *exceptio* deve ser alegada tendo em vista compeli-la à execução da obrigação do outro contraente: se o comportamento objectivamente manifestado pelo excipiente indicia não ser esse efectivamente o motivo da sua recusa em prestar, então, a excepção é ilegítima.” Em nossa pesquisa, não encontramos decisões judiciais que articulassem uma exceção de não cumprimento com base em descumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigações pré-contratuais de comunicação e informação; embora, em tese, possa ser cabível, a LCCG traz solução mais eficaz já acima expostas.

Relativamente às obrigações em causa, também é preciso distingui-las: se forem obrigações pecuniárias, será sempre possível exigir o cumprimento através de execução para pagamento de quantia certa (art. 45.º/2 do CPC); se forem prestações infungíveis o direito ao cumprimento do credor tem conteúdo variável em função do objeto dessa mesma prestação; se a prestação for entrega de coisa determinada, de acordo com o 827.º do CC o credor pode exigir a entrega forçada; e seguem os 828.º, 829.º, 830.º todos do CC... Ainda poderíamos inquirir (caso fosse nosso objeto de estudo) se, pela ótica do devedor, este pode oferecer cumprimento, se tem um direito a cumprir ou apenas um dever a cumprir quando o credor não está interessado subjetivamente no cumprimento e reclama indemnização pelo dano sofrido. Que grandes voltas, não?

Diametralmente, lembremos que no caso português o legislador consagrou no artigo 406.º, nº 1 do CC que o contrato deve ser pontualmente cumprido, podendo ser

¹³⁰ Por força da aludida relação de sucessão, não pode recusar a sua prestação, invocando a *exceptio*, o contraente que foi o primeiro a cair numa situação de incumprimento: a recusa de cumprir do excipiente deve ser posterior à inexecução da obrigação da contraparte, deve seguir-se-lhe e não precedê-la.

¹³¹ Persico, *L'esecuzione d'inadempimento*, Milano, 1995, p. 142 e ss. *apud* Joana Farrajota. A exclusão da excepção de não cumprimento no regime das cláusulas contratuais gerais. Sub Judice nº 39, Almedina, 2007, p. 69.

modificado ou extinto por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos em lei. É vasto o rol de situações em que a lei admite a extinção ou modificação da relação contratual por vontade exclusiva de uma das partes, muito embora nem todos configurem contratos celebrados com recurso a ccg, como são exemplos: ingratidão do donatário 970º e ss do CC; arrendamento 1083º; mandato artigo 1170º, na empreitada 1216º, na renda vitalícia 1242º. Na generalidade dos contratos temos ainda a alteração das circunstâncias em que as partes decidiram contratar – artigo 437.º. Ora bem, provocar o judiciário para modificar um contrato (através de afastamento de cláusulas) com base em descumprimento de deveres de comunicação ou informação tem sido uma realidade recorrente que pode ser eficazmente sanada...desta feita e sem poder aprofundar o que foi dito nos parágrafos acima sob pena de desvio de objeto do presente estudo, um credor de contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, quando confrontado com falsa alegação de descumprimento dos encargos pré-contratuais, logicamente, acompanhado de incumprimento contratual por parte do devedor/aderente, com um simples artigo, o 334.º, poderá evitar toda a volta que o articulado do código civil prevê para cumprimento contratual: apenas com a aplicação do 334.º verá paralisado o exercício abusivo da posição jurídica do aderente com continuidade da relação contratual, se for o caso, e supressão do direito do aderente.

Ainda dentro deste subitem cabe-nos fazer uma brevíssima análise do poder de alteração unilateral nos contratos bancários¹³², as chamadas cláusulas *ius variandi*, previstas no art. 22º, n.º 1 al. c) e n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo artigo da LCCG. Apesar de ser um dispositivo que regula o conteúdo dos contratos, há uma lógica que prende-se com o presente estudo: a comunicação deste tipo de cláusulas já que a proibição legal tem sido

¹³² As primeiras cláusulas contratuais gerais usadas no tráfego jurídico, conta a história, foi na atividade dos seguros. Segundo Menezes Cordeiro, o uso de cálculos e probabilidades levou a indústria dos seguros a formatar o risco, através de recurso às cláusulas contratuais gerais - ccg. Seguidamente utilizaram-se das ccg os banqueiros: assim, as cláusulas correspondiam a “condições” impressas em livros de cheques em letras minúsculas, que articulavam deveres e certas cautelas no cliente. Em 1937 os bancos alemães usaram cláusulas contratuais gerais comuns a todos eles, suscetíveis de acompanhar a generalidade dos atos bancários privados. A matéria das cláusulas contratuais gerais foi inicialmente tratada pelo direito alemão pela lei AGB-Gesetz, de 1976, entretanto, foi integrada no BGB, §§ 305 a 310, em 2001. O modelo alemão de cláusulas contratuais foi adotado pelo legislador português, com uma característica comum forte: ambos com alcance não circunscrito às relações de consumo. Portanto, o dinamismo da atividade bancária faz deste setor um verdadeiro terreno fértil para a utilização de contratos celebrados com recurso a ccg; constituem estas o suporte jurídico fundamental da moderna contratação bancária de retalho e que, por isso mesmo, assumem uma crucial importância no processo de desenvolvimento e consolidação do direito bancário material.

entendida como “cláusulas surpresa de conteúdo”. São exemplos de *ius variandi* as cláusulas que atribuem ao banco o poder de alterar as taxas de juros, comissões e outros encargos, presentes nos clausulados de contratos de concessão de crédito, de contratos de depósito a prazo e até de abertura de conta. Por ser uma proibição relativa, ela reconhece dentro de certos parâmetros, a licitude de cláusulas de *ius variandi* do predisponente, não vedando, antes permitindo, o exercício de tal poder baseado em razão atendível especificada no contrato. Não nos parece necessário aprofundar o entendimento sobre o que será razão atendível: vamos nos contentar com o entendimento que a *ratio* da norma será vedar exercício arbitrário do *ius variandi* com base em motivos fúteis, buscando sempre justificá-los à luz de um juízo normativo baseado em critérios objetivos e assim a concessão ao predisponente deste tipo de poderes exorbitantes não será suscetível de enquadramento em situação de abuso do direito na modalidade de desequilíbrio no exercício. O que dissemos até agora prende-se com o controle de conteúdo, exceto, a expressão grifada “especificada” no contrato. É inequívoca a estreita ligação entre este requisito de natureza formal e o sentido da noção de razão atendível. Vejamos: uma coisa é a lei permitir o exercício do *ius variandi* sempre que se verifique um evento qualificável como razão atendível...bem diferente e mais exigente é a lei fazer depender a licitude da cláusula contratual da uma especificação no contrato das hipóteses subsumíveis a esse conceito (com observância dos encargos de comunicação e informação) e mais, comunicar de imediato e por escrito as alterações introduzidas nas condições financeiras do contrato já existente. Encontramos uma decisão recente do TRL, **processo 2100/138TJLSB.L1-2**, de 28-01-2016 onde foram excluídas de um contrato de crédito visto que o predisponente não comunicou ou informou ao aderente do significado, alcance ou valor de cláusula contratual ou tão pouco o significado de conceitos determinados e técnicos inseridos naquela cláusula afastada...conceitos estes tais como “provisões para o risco”, “rácios de solvabilidade”, “encarecimento do crédito”, entre outros. De fato, o art. 22.º n.º 2 atribui ao consumidor o direito de resolução do contrato¹³³, pós-informação (e aqui valendo o prazo do art. 436.º CC visto que a LCCG sobre isso nada dispõe). Do

¹³³Atentos os efeitos típicos da resolução do contrato: um efeito liberatório, que diz respeito às prestações futuras; um efeito restitutivo, que diz respeito às prestações já realizadas. Entende a doutrina que à resolução do contrato pelo consumidor não deve em regra ser atribuído efeito retroativo visto que estamos perante contratos de execução duradoura em que manifestamente a retroatividade não se harmoniza com a finalidade da resolução. In Gravato Morais, *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 204.

exposto, a comunicação deverá ser feita em dois momentos, separados no tempo: primeiro, no contrato principal deverá estar especificada, comunicada e informada a possibilidade de ocorrer variações; segundo, as variações supervenientes devem ser comunicadas expressamente ao consumidor, tão logo ocorram. Quanto ao conteúdo da comunicação se o predisponente informar, ainda que genericamente, o motivo que fundamenta a alteração estará agindo com maior transparência na relação contratual e isso permitirá ao consumidor uma análise mais segura da possibilidade de exercer o seu direito de resolução. Do exposto, o potencial risco de o consumidor se querer aproveitar de uma alteração contratual inócua, ou mesmo vantajosa, para por fim ao contrato na sequência do exercício do *ius variandi* poderá ser evitado com recurso ao instituto do abuso do direito.

Não confundir alteração contratual especificada com alteração das anormal circunstâncias disposta no art 437.º, n. 1. Sobre este artigo, considera o Prof. Galvão Telles que circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar “*são as circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito ou pretendido fazer, em termos diferentes. Trata-se de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas; ou de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam alteração significativa, frustradora do seu intento negocial. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o status quo se modificaria: ou admitiram que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. Aquela pressuposição ou esta convicção inexacta tem de ser comum às duas partes, porque, se não se deu em relação a uma e ela se calou, deixa de merecer protecção*”. É entendimento pacífico no STJ que a alteração das circunstâncias pessoais dos contraentes, são insuscetíveis de preencher o instituto. Designadamente invocar, p. ex., diminuição significativa do poder de compra dos autores e situação de desemprego. O afloramento, aliás, da proibição da sua invocação como fundamento para exigir qualquer redução, desconto ou abatimento da dívida, ou dilação da data do seu vencimento, decorre do *beneficium competentia* e ou *ne egeant*¹³⁴ do direito romano. A exemplo deste entendimento citamos o processo **1117/10.9TVLSBP1.S1**, STJ, de 23/01/2014, sumário “Alteração anormal das

¹³⁴Pires de Lima e Antunes Varela, obra citada, Volume II, em anotação ao artigo 762.º.

circunstâncias, crise económica, contrato de adesão, boa-fé, abuso do direito e equilíbrio das prestações: onde lemos “V – *O desequilíbrio no exercício do direito (desproporção inadmissível entre a vantagem própria e o sacrifício que impõe aos outros) constitui uma das modalidades em que se desdobra o abuso do direito.*(...) IX - *Nas situações de crise, a alteração relevante carece ainda de ser anormal, requisito ligado à imprevisibilidade, pois que, sendo a alteração normal, as partes poderiam tê-la previsto e acautelado, na conclusão do contrato, as suas consequências, pelo que as alterações da taxa de juro e de esforço na concessão de empréstimo bancário pagamento do preço do contrato prometido, o desemprego e a desvalorização da moeda são insusceptíveis de preencher tal requisito.*”

CONCLUSÃO

I. O contrato concebido com base na autonomia privada, onde, em regra, pessoas singulares em condições de paridade definem o conteúdo normativo da regulação dos seus interesses, não corresponde a realidade de mercado que a sociedade atual vivencia. Esse problema aliás, já fora tratado por Inocêncio Galvão Telles¹³⁵ quando alertava para a circunstância de o contrato escapar, cada vez mais, *“à acção comum e concertada das partes; deixa de ser uma «entente» realizada sob a égide da liberdade, pelo jogo de vontades iguais e autónomas, para se tornar uma operação dirigida, quer pelos poderes públicos, representados pelo Legislador ou pelo juiz, quer por um só dos contraentes que impõe a sua fórmula e as suas condições ao outro.”*

II. Do enfoque problemático a que nos propusemos, dentro do tema abordado, firmamos o entendimento de que as relações contratuais da sociedade atual, moderna, tornaram-se mais protegidas na medida em que os contratos em massa passaram a ter regulação jurídica específica. Esta regulação específica atingiu sua génese pois permite evitar o desequilíbrio que resulta da celebração de contratos através de CCG cuja negociação ou possibilidade de intervenção de uma das partes é bastante mitigada. Este novo paradigma resultante da crise do pensamento liberal sobre o contrato exige às organizações utilizadoras de cláusulas contratuais gerais novos deveres destinados a suprir a desigualdade estrutural entre as partes dos contratos de adesão, entre os quais se destacam os deveres de comunicação e de informação previstos nos artigos 5.º e 6.º do DL 446/85, de 25 de outubro e, em geral, o dever de não lesar os interesses da contraparte e dos deveres pré-contratuais de lealdade, conselho, correção, assistência e cooperação, decorrentes do artigo 227.º do Código Civil. Porém, o sistema legal de inclusão das cláusulas contratuais gerais não se limitou a aplicar as regras gerais do Código Civil, tendo em vista a sua própria especialidade no processo de formação, o que levou a exigências de requisitos também específicos.

¹³⁵Manual dos Contratos em Geral, *Reprint* 3ª edição, 1965, Lex, 1995, p. 62.

III. Para existir contratos singulares com inclusão de tais cláusulas contratuais gerais faz-se necessário, não apenas a aceitação destas cláusulas, mas também que se cumpram os requisitos exigidos pelo artigo 5º e seguintes da LCCG quais sejam: efetiva comunicação, efetiva informação e prevalência de cláusulas acordadas. Assim, assumiu a referida lei requisitos de validade mais rigorosos do que os requisitos exigidos para a validade dos negócios jurídicos. Sucintamente, podemos entender que o sistema de defesa da lei especial, nomeadamente na fase pré-contratual, funciona em três principais vertentes:

- as cláusulas específicas acordadas prevalecem sobre as restantes (artigo 7º)¹³⁶;
- as cláusulas devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes (artigo 5º);
- o predisponente deve informar os aspetos compreendidos nas referidas cláusulas (artigo 6º)¹³⁷.

IV. Relativamente ao dever de comunicação, dar-se-á por cumprido quando a contraparte aderente tiver possibilidade de tomar conhecimento do conteúdo contratual, decidindo pela vinculação ou não ao clausulado, de maneira *maxima* esclarecida. Não se impõe o efetivo conhecimento do clausulado, impõe-se sim que a possibilidade de o conhecer esteja assegurada – uma obrigação de meios. Reconhece-se que a liberdade de contratar assenta em pressupostos cognitivos e que a necessidade de transparência e de informação, reportada à fase da formação da vontade, permite combater «a estrutural assimetria informativa entre as partes», e exige ao profissional «deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos capazes de afiançarem a integralidade, a exatidão e a eficácia de comunicação». O princípio da transparência adequa-se, ainda, ao discurso argumentativo próprio do pensamento civilista, pois a sua função é instrumental à autonomia privada, permitindo criar condições para o seu exercício. O objetivo deste modelo é, assim, o de melhorar a qualidade do

¹³⁶De se notar que, de acordo com o art. 7.º, "as cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes." Entendendo-se que as cláusulas tenham sido sujeitas a um acordo específico, traduzindo, por isso, um melhor e efetivo consenso relativamente às outras, consagra-se, deste modo, a sua prevalência sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais. Uma vez que o objetivo da lei é, nesta situação, impedir que o aderente contrate cláusulas que não lhe tenham sido previamente comunicadas, ou que, apesar de o terem sido, tenha sido violado o dever de informação, está prevista, como consequência, a sua exclusão dos contratos singulares (art. 8.º)

¹³⁷ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Civil- Teoria Geral*, ob. cit., p. 398.

consentimento do aderente, minimizar ou corrigir o desequilíbrio das prestações, bem como promover a defesa da justiça interna do contrato.

V. Entendemos que o dever de informação deverá salvaguardar e promover *standards* de correção e honestidade na conduta contratual elevando o contrato a instrumento de satisfação recíproca de interesses. Os deveres pré-contratuais específicos assumem assim uma natureza jurídica de encargos devido à intensidade superior a um mero dever jurídico. Na verdade, a imposição ao utilizador deste encargo de comunicação tem como correlato, do lado do aderente, a necessária adoção de uma conduta que possa ter-se como razoável ou exigível, sendo essa mesma conduta aferida segundo o critério abstrato da diligência comum, o que nos reconduz obrigatoriamente ao cuidado ou zelo normal do tipo médio de agente assim esperado pela ordem jurídica, colocado na situação em causa. Aliado a isto, o predisponente deverá comunicar as cláusulas contratuais gerais antes da conclusão do negócio, situado em fase de negociação ou pré-contratual, de modo a proporcionar ao aderente a indispensável reflexão e um conhecimento completo e efetivo do clausulado, de modo a poder apreendê-lo nas suas efetivas e reais consequências prático-jurídicas, outorgando-lhe um espaço de reflexão e ponderação sobre o âmbito e dimensão das vinculações que irão resultar da celebração do negócio.

VI. Relativamente ao dever de informação, entendemos transponíveis os estudos sobre o dever de comunicação, apenas com realce para o n.º 2º do artigo 6º. Vimos que a jurisprudência tem entendido largamente, em relação aos deveres ora em apreço, que o aderente que deseje a informação, que a procure, que se disponibilize para recebê-la. Não são admitidas situações em que é disponibilizada toda a informação e, não havendo qualquer interesse em recebê-la por parte do aderente, este vem posteriormente invocar que não foi devidamente informado. É, aliás, para travar este comportamento do aderente contrário a boa-fé que aplicamos o instituto do abuso de direito.

VII. No regime normativo em estudo vimos que a posição generalizadamente adotada é o controlo formal e material dos contratos e para isso, é de primordial

evidencia o préstimo do princípio da boa-fé para servir de critério de valoração em ambos os controles. Na fase pré-contratual a boa-fé traça regras de conduta; diferentemente não é na fase de execução do contrato. Na linha do professor Menezes Cordeiro, entendemos que a confiança dos interessados, envolvidos em contratos efetuados com base em cláusulas contratuais gerais, está interligada com regras de igualdade de tratamento entre os particulares e com a necessidade de controlo e supervisão por parte do Estado. O particular aderente sente-se fortalecido pela existência de seus pares, traduzindo um sentimento de igual tratamento que é dispensado *erga omnes*. Em relação ao Estado, permite maior controlo nas áreas em que a supervisão não pode ser dispensada, exatamente por ter acesso ao modelo contratual utilizado que, sem distorções ou ajustes particulares, aniquila o número infinito de combinações e variações contratuais que seriam possíveis. Aliás, “*a própria sindicância dos tribunais, ao abrigo da LCCG, disso depende*”¹³⁸, afirma o professor.

VIII. Considera-se manifestamente ilegítimo o exercício inadmissível de uma posição jurídica desconforme com o sistema, em qualquer fase contratual, por qualquer das partes, quando outro enquadramento não estiver especificado em lei. Podemos dizer que a boa-fé abriu a porta a um novo campo normativo do direito dos contratos: o controlo de inclusão de cláusulas em contratos celebrados com base em ccg. O aderente que, na execução do contrato, alegar ilegitimamente inobservância dos encargos de comunicação e informação por parte do predisponente, estará agindo, na maioria dos casos, em abuso do direito, instituto reconhecido, desenvolvido e experimentado pela jurisprudência. Assim, o instituto do abuso do direito representa um modo eficaz cujos utilizadores do Direito, de ofício, poderem utilizar para fazer um *refresh* ao sistema, reavaliando permanentemente o exercício de liberdades e de direitos, devolvendo o equilíbrio e a justiça contratual (embora não necessariamente de equivalência) entre as partes que, por defeito, são desiguais.

IX. No abuso de direito não há falta ou ausência de direito: estamos sempre dentro do direito e não fora dele. Não tem que existir qualquer “direito subjetivo”

¹³⁸ob. cit., p. 365.

pois trata-se, em tendências recentíssimas, simplesmente do exercício de posições jurídicas. Depreendemos outrossim que o exercício desta posição jurídica, *a priori* legítimo, se feito de forma que ofenda manifestamente a boa-fé, os bons costumes ou o seu fim social ou económico, em suma, o sentimento jurídico socialmente dominante, torna-se ilegítimo, daí advindo a paralisação dos respetivos efeitos, tudo se passando como se aquele direito não existisse na esfera patrimonial do titular (na realidade, a sua existência será tão-só aparente). Pode, por isso, entender-se juridicamente por exercício abusivo do direito um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica - por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde - e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto - materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício. Importa não descurar o compreensível regime protecionista que informa o DL 446/85 não dispensando o aderente de uma conduta diligente, zelosa e cuidada, que a boa-fé aconselha e exige, como também não onera o predisponente das cláusulas com incumbências de tutela sobre o mesmo aderente que o resguardem de negligência, descuido ou ainda falta de interesse. Ao par disso, não nos afastamos do entendimento de que os encargos de comunicação e informação são necessários para que a lei atinja sua finalidade de proteção da parte mais débil no fenómeno contratual da era moderna, onde a racionalização, celeridade e massificação reinam na formação dos contratos.

X. Vimos que a caracterização do exercício inadmissível da posição jurídica do aderente prende-se, necessariamente, com a prova do cumprimento dos encargos de comunicação e informação pelo predisponente de ccg.

XI. Porém, alertamos nesta dissertação para a possibilidade do aderente a cláusulas contratuais gerais extrapolar a proteção que a lei especial lhe consagra e abusar da sua posição, ferindo a confiança da contraparte. Alertamos, sobremaneira, que não tentamos criar aqui solução que sobrecarregue o aderente, antes pelo contrário, apenas fizemos um levantamento das recentes decisões dos tribunais portugueses e estudamos como o problema tem sido sistematicamente tratado e resolvido.

XII. No nosso entendimento, nos casos em que o predisponente não respeite os encargos pré-contratuais especificados nos artigos 5º e 6º da LCCG, não estará agindo em abuso do direito; sua conduta será ilícita e aplicaremos o disposto no artigo 8º e 9º da LCCG, para além da possibilidade de aplicarmos o artigo 227.º, n.º 1, da culpa *in contrahendo*. Aos predisponentes cabe-lhes o cuidado de criar uma rotina de contratação cada vez mais galgada na preocupação de, efetivamente, poderem provar em juízo que os deveres impostos pelos artigos 5º e 6º da LCCG foram cumpridos.

XIII. Ao juiz cabe-lhe a eterna sindicância dos valores fundamentais do sistema, patente num balanceamento entre os deveres ora em apreço e a questão da justiça contratual, lembrando que a LCCG não deve ser entendida como “uma cartilha militante¹³⁹”. Mas, será que essa sindicância não lhe retira imparcialidade? Fica a deixa para reflexão...

XIV. Para terminar, parece-nos que, ao lado dos dois aspetos citados pelo professor Menezes Cordeiro¹⁴⁰, conquistados por via jurisprudencial em sede de aplicação da LCCG, que são a exclusão de cláusulas não-cognoscíveis e a condenação de cláusulas despropositadas, podemos adicionar um novíssimo aspeto também de cariz jurisprudencial: o reconhecimento de exercício inadmissível de posição jurídica do aderente em contratos efetuados com base em cláusulas contratuais gerais.

¹³⁹ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4ª edição, Almedina, 2014, p. 394.

¹⁴⁰ *ob. cit.*, p. 389.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. 1983. *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra : Almedina, 1983.

Almeida, Carlos Ferreira. 2003. *Contratos I- Conceito. Fontes. Formação*. 2. Coimbra : Almedina, 2003.

Alves, Hugo Ramos. 2014. Sobre o dito "paternalismo contratual". [ed.] Almedina. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*. 2014, Vol. IV.

Alves, Paula. *Comunicação e Informação de Cláusulas Contratuais Gerais uma relação de complementaridade*. [Online]
<http://www.asf.com.pt/winlib/winlibimg.aspx?skey=2111B9BA418348B68E5954F37535A658&doc=10037&img=963&save=true>.

Antunes, Ana Filipa Morais. 2013. *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra : Coimbra, 2013.

Arantes, Tito. 1936. *Do Abuso do Direito e da sua Repercussão em Portugal: ensaio jurídico*. Lisboa : s.n., 1936.

Ascensão, José de Oliveira. 2000. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. *ROA* 60. 2000.

—. **2002.** *Direito Civil, Teoria Geral, Vol III*. s.l. : Coimbra Editora, 2002.

—. **1983.** Ilícito Pessoal e Responsabilidade Civil. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, nº 3. 1983, p. pág. 149.

—. **2006.** *O "abuso do direito" e o artigo 334 do código civil: uma recepção transviada*. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Coimbra : Coimbra, 2006. Vol. Vol I.

—. **2005.** *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. 13ª. Coimbra : Almedina, 2005.

Bar, Christian von e Clive, Erice. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Commom Frame of Reference (DCFR)*. Full. Munique : European Law Publishers, 2009. Vol. I.

Barros, Araújo. 2005. O Supremo Tribunal de Justiça e as condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. 2005, Vol. 43.

Belmonte, Cláudio Petrini. 2003. *A Redução do Negócio Jurídico e a Protecção dos Consumidores – uma perspectiva Luso-Brasileira*. s.l. : Coimbra, 2003.

Botelho, João. *Cláusulas Contratuais Gerais - Notas de Jurisprudência.* Lisboa : Livraria Petrony.

Carnelutti, Francesco. 1936. *Sistema di Diritto Processuale Civile.* Padova : CEDAM, 1936. p. 51. Vol. I.

Carvalho, Jorge Morais. 2013. *Manual de Direito do Consumo.* Coimbra : Almedina, 2013.

Cordeiro, António Menezes. 1984. *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra : Almedina, 1984. Vol. I e II.

—. 2004. Da natureza civil do Direito do consumo. *O Direito* 136.º. 2004, Vol. IV.

—. 1997. *Direito Bancário - Relatório.* Coimbra : Livraria Almedina, 1997.

—. 2009. Eficácia externa dos créditos e abuso do direito. *O Direito* 141.º. 2009, Vol. I.

—. 2012. *Manual de Direito Bancário.* 4ª. Coimbra : Almedina, 2012.

—. 2009. *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo I.* Coimbra : Almedina, 2009.

—. 2007. *Tratado de Direito Civil Português, Vol I, Parte Geral, Tomo I.* 3ª. Coimbra : Almedina, 2007. Vol. I.

—. 2011. *Tratado de Direito Civil V, Parte Geral. Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas.* 2ª Reimpressão. Coimbra : Almedina, 2011.

Costa, Judith Martins. 2000. *A boa-fé no direito privado.* 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

Costa, Mariana Fontes da. 2007. O dever pré-contratual de informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV.* 2007.

Costa, Mário Júlio de Almeida. 2006. *Direito das Obrigações.* 9. Coimbra : Almedina, 2006.

Costa, Mário Júlio de Almeida e Cordeiro, António Menezes. 1990. *Cláusulas Contratuais Gerais.* Coimbra : Almedina, 1990.

—. 1986. *Cláusulas Contratuais Gerais – anotação do DL 446/85 de 25 de Outubro.* Coimbra : Almedina, 1986.

Costa, Mário Júlio de Almeida. 2000. Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor* n.º 2. 2000.

Cristas, Assunção. 2008. Direito ao Cumprimento Contratual: que conteúdo? *THEMIS. Revista da Faculdade de Direito da UNL*. edição especial 2008:3, Maio de 2008, Código Civil Português, Evolução e Perspectivas Actuais.

Dantas, Sara Luísa Branco. 2002. As cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor* n° 4. 2002.

Dias, Marco. 2004. O Critério da Boa Fé no DL 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 2004, pp. 437-452.

Farrajota, Joana. 2007. A exclusão da excepção de não cumprimento no regime das cláusulas contratuais gerais. *Sub Judice* n° 39. Almedina, 2007.

Fernandes, Luís A. Carvalho. 1996. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª. Lisboa : Universidade Católica, 1996. Vol. II.

Figueiredo, André. 2007. O poder de alteração unilateral nos contratos bancários. *Sub Judice* 39. Almedina, 2007.

Fortes, Cátia Venina Sanderson da jornada. 2015. As semelhanças e as diferenças entre os artigos 334º do CC português e o art. 187º do CC brasileiro. *Revista de Direito Civil*. 2015, Vol. 0.

Frada, Manuel Carneiro da. 2007. A Ordem Pública no Direito dos Contratos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV*. 2007.

—. **2004.** *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra : Almedina, 2004.

Ghestin, Jacques. 1993. *Traité de Droit Civil, La Formation du Contrat*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

Gomes, Júlio Manuel Vieira. 2009. Da excepção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa fé. *Cadernos de Direito Privado*. 25, 2009.

Gorjão-Henriques, Miguel. 2003. *Direito Comunitário*. 2ª edição. s.l. : Livraria Almedina, 2003.

Larenz, Karl. 1958. Derecho de obligaciones. Tradução espanhola e notas de Jaime Santos Briz. *Revista de Derecho Privado t. I e II*. 1958.

Lima, Pires de/ Varela, Antunes. 1997. *Código Civil Anotado II, 4ª ed.* Coimbra : Coimbra Editora, 1997.

Lôbo, Paulo Luiz Netto. 2001. A informação como direito fundamental do consumidor. *Jus Navegandi*. [Online] 2001. <http://jus.com.br/artigos/2216/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor>.

Machado, João Baptista. 1991. Tutela da Confiança e “venire contra factum proprium”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 1991, p. Obra Dispersa.

Martínez, Pedro Romano. 2006. *Da cessação do contrato*. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 2006.

Miragem, Bruno. 2013. *Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

Monteiro, António Pinto. 2000. A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais. [autor do livro] Centro de Direito de Consumo/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 2. Coimbra : s.n., 2000.

—, **2001.** Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos do Direito do Consumidor*. 2001, Vol. 3.

—, **2003.** Contratos de Adesão / Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. 2003, Vol. 5.

—, **2002.** O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *ROA* 62. 2002, Vol. I.

Morais, Fernando de Gravato. 2007. *Contratos de Crédito ao Consumo*. s.l. : Almedina, 2007.

—, **2004.** *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo*. Coimbra : Almedina, 2004.

Neves, António Castanheira. 1995. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra : Coimbra, 1995.

Nunes, Pedro Caetano. 2011. Comunicação de cláusulas contratuais gerais. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol II*. s.l. : Almedina, 2011.

Oliveira, Elsa Dias. *JustiçaTV*. [Online] [Citação: 20 de novembro de 2015.] <http://www.justicativ.pt/index.php?p=4239>.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto. 2013. Cláusulas Abusivas em Contratos com Consumidores. A Directiva 1993/13/CE, de 5 de Abril de 1993 e a Jurisprudência do Tribunal de Justiça. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*. s.l. : Almedina, 2013, Vol. III.

Pereira, Joel Timóteo Ramos. 2006. Cláusulas contratuais gerais – qual o sentido do dever de informação? *Revista O Advogado*. 63, Março de 2006, Vol. II Série.

Pereira, Patrícia da Guia. 2007. Cláusulas contratuais abusivas e distribuição do risco. *Sub Judice* n° 39. Almedina, 2007.

Pinheiro, Luís de Lima. 2001. Direito aplicável aos contratos com consumidores. *Separata da ROA*. Ano 61 - I, 2001.

Prata, Ana. 2010. *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra : Almedina, 2010.

Proença, José Carlos Brandão. 2011. A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: um verdadeiro direito de resolução? *Direito e Justiça/ Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2011.

Rei, Maria Raquel Aleixo Antunes. 2010. Da interpretação da declaração negocial no direito civil português. [Online] 2010. [Citação: 05 de outubro de 2015.] <http://hdl.handle.net/10451/4424>.

Ribeiro, Joaquim de Sousa. 2010. “Economia do Contrato”, Autonomia Privada e Boa fé. *Estudos em Homenagem ao Prof Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. s.l. : Coimbra Editora, 2010, Vol. IV.

—. **2008.** A boa fé como norma de validade. [autor do livro] Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra. *ARS IVDICANDI/ Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. s.l. : Coimbra Editora, 2008.

—. **1999.** *O Problema do Contrato, as Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra : Almedina, 1999.

—. **1997.** Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais. [autor do livro] Universidade de Coimbra/ Boletim da Faculdade de Direito/Número Especial. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*. Coimbra : s.n., 1997.

Sá, Almeno. 2005. *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva Sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª. Coimbra : Almedina, 2005.

—. **2008.** *Direito Bancário*. Coimbra : Coimbra, 2008.

Sá, Fernando Augusto Cunha de. 2005. *Abuso do Direito*. 2ª reimpressão da edição de 1973. Coimbra : Almedina, 2005.

Serra, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigações de reembolso de despesas, informação, exibição de coisas, restituição e de sujeito indeterminado. "Ius tolendi". *separata do BMJ* 77, 79 e 80(1958) e 79-89 (80).

Silva, Eva Sónia Moreira. 2006. *Da Responsabilidade Pré-Contratual Por Violação Dos Deveres de Informação*. Coimbra : Almedina, 2006.

Soares, Marcos Cáprio Fonseca. 2011. Reflexões sobre o dever de informação. *Âmbito Jurídico* n° 87. abril de 2011, Vol. XIV.

Sottomayor, Maria Clara. 2010. *Invalidade e Registo, A proteção do terceiro adquirente de boa fé.* Coimbra : Almedina, 2010.

Subtil, António Raposo. 2012. *O Contrato e a intervenção do juiz.* Porto : VidaEconómica, 2012.

Telles, Inocêncio Galvão. 1995. Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia Sobre as Cláusulas Abusivas. *O Direito.* 1995, Vols. 127, III-IV.

—, **1995.** *Manual dos Contratos em Geral.* 3ª. Lisboa : Lex, 1995.

—, **2010.** *Manual dos Contratos em Geral.* 4ª. Coimbra : Coimbra, 2010.

UNIDROIT. 2010. *Unidroit Principals of International Commercial Contracts.* Roma : International Institute for the Unification of Private Law, 2010.

Varela, João de Matos Antunes. 1999. *Das obrigações em geral.* s.l. : Coimbra: Almedina, 1999.

Varela, João Matos Antunes. 2010. *Das Obrigações em Geral.* 10ª. Coimbra : Almedina, 2010. Vol. I.

Vasconcelos, Pedro Pais. 2012. *Teoria Geral do Direito Civil.* 7ª. Coimbra : Coimbra, 2012.

Ventura, Raul. 1986. Convenção de arbitragem e cláusulas contratuais gerais. *ROA* 46. 1986.

Vicente, Dário Moura. 2001. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado.* Coimbra : Almedina, 2001.